

FAHRLÄSSIGKEIT UND RECHTFERTIGUNG
IM BÜRGERLICHEN RECHT

Eike Schmidt

1966



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FAHRLÄSSIGKEIT UND RECHTFERTIGUNG
IM BÜRGERLICHEN RECHT

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Eike Schmidt

1966

Dekan:

Professor Dr. Horst EHMKE

Referent:

Professor Dr. Dr. h. c. Gustav BOEHMER

Korreferent:

Professor Dr. Hans STOLL

Tag der mündlichen Prüfung: 19. Juli 1966



INHALTSÜBERSICHT

	Seite
I. Vorbemerkung	1
II. Der Stand der bisherigen Diskussion	8
1. Die Lehre vom Erfolgsunrecht	8
a) Die Objektivisten (Weitnauer, Wussow u. a.)	8
b) Subjektive Vorstellungen (Leonhard)	11
c) Besondere Ansichten (Raiser, Larenz, Stoll)	12
d) Einzelaspekte	13
2. Die Doppelfunktionstheorie (BGH, Esser)	14
3. Die Modernisten	16
a) Gemäßigte Richtung (Nipperdey, Niese)	16
b) Extreme Richtung (Welzel, Wiethölter)	20
c) Die Lehre von Caemmerers	21
d) Die Subjektivisten (Nipperdey, von Caemmerer)	22
4. Die Lehre von Clausß	23
5. Das Bundesarbeitsgericht	24
6. Gemeinsames, Überleitung	24
III. Die Rechtfertigung bei unvorsätzlichem Verhalten	26
1. Die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen	29
2. Die einzelnen Rechtfertigungsgründe	35
a) Notwehr	35
b) Defensiver und aggressiver Notstand	41
c) Weitere Rechtfertigungsgründe	43
d) Waffengebrauchsrecht	43
e) Streik und Aussperrung	45
f) Erwerbstatbestände	46
g) Einwilligung	47
α) bei Sportverletzungen	48
β) bei Gefälligkeitsfahrt	50
3. Zwischenergebnis = Keine Rechtfertigung bei unfinalem Verhalten	52
IV. Zur Einordnung der Fahrlässigkeit	54
1. Die Dreiteilung im Deliktsaufbau	54
2. Die Fahrlässigkeit als Schuldelement	56
a) Die Lehre vom absoluten Recht	56
b) Verletzung von Verhaltensnormen	61
c) Ergebnis = Unbrauchbarkeit der h. L.	62

3.	Die Fahrlässigkeit als Tatbestandsmerkmal	63
a)	Die Prämissen der extremen Modernisten	63
b)	Ergebnis: Das fahrlässige Delikt ist ein 'offenes'	67
4.	Die Rechtswidrigkeit unvorsätzlichen Verhaltens	67
a)	Die Verletzung äußerster Sorgfalt als Unrechtselement	67
b)	Die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt als Rechtswidrigkeitsmerkmal	69
α)	Allgemeines	69
β)	Der 'diligens pater familias'	70
γ)	Berücksichtigung individueller Gruppeneigenschaften	70
δ)	Zur subjektivistischen Fahrlässigkeitsauffassung	72
5.	Ergebnis: Die Fahrlässigkeit begründet die Rechtswidrigkeit unvorsätzlichen Verhaltens	75
V.	Überprüfung der gewonnenen Ergebnisse	76
1.	Sorgfältiges Handeln und Notwehr	76
2.	Sorgfältiges Handeln und negatorische Ansprüche	78
a)	Verbotene Eigenmacht	78
b)	§ 1004 BGB	79
α)	Unterlassungsanspruch	79
β)	Beseitigungsanspruch	80
γ)	Zum Widerruf ehrenrühriger Behauptungen trotz Wahrnehmung ber. Interessen	83
δ)	Ergebnis	84
3.	Deliktsrechtliche Fragen	85
a)	Zur Gruppe unvorsätzlich-finaler Handlungen	85
b)	Wortinterpretation des § 823 I BGB	87
c)	Gehilfenhaftung gemäß § 831 BGB	88
d)	Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten	89
VI.	Schlußbemerkung mit Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	92

LITERATURVERZEICHNIS

Baur	Sachenrecht	München und Berlin	1960
Beling	Die Lehre vom Verbrechen	Tübingen	1906
Boehmer	Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Band I u. II 1, zitiert; Grundlagen	Tübingen	1950/1
	Einführung in das Bürgerliche Recht, 2. Aufl., zitiert; Einführung	Tübingen	1965
Bydlinski	Probleme der Schadensver- ursachung nach deutschem und österreichischem Recht, zitiert: Probleme	Stuttgart	1964
von Caemmerer	Bereicherung und unerlaubte Handlung, Sonderdruck aus der Festschrift für Ernst Rabel, Band I zitiert: Bereicherung	Tübingen	1954
	Wandlungen des Deliktsrechts, Sonderdruck aus: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristen- tages, zitiert: Wandlungen	Karlsruhe	1960
	Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatz- recht, zitiert: Überholende Kausalität	Karlsruhe	1962
Coing	Bemerkungen zum überkomme- nen Zivilrechtssystem, Sonder- druck aus: Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Dölle, zitiert: Bemerkungen	Tübingen	1963

VI

Dahm	Deutsches Recht, 2. Aufl.	Stuttgart	1963
Deutsch	Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt	Köln, Berlin, Bonn, München	1963
Engisch	Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, zitiert: Vorsatz und Fahrlässigkeit	Berlin	1930
	Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, zitiert: Kausalität	Tübingen	1931
	Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Sonderdruck aus: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, zitiert: Unrechtstatbestand	Karlsruhe	1960
Enneccerus- Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl.	Tübingen	1958
Enneccerus- Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Band I u. II	Tübingen	1959/60
Esser	Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, zitiert: Gefährdungshaftung	München u. Berlin	1941
	Schuldrecht, 2. Auflage, zitiert nach Vorabdruck in Karlsruher Forum 1959	Karlsruhe	1960
Exner	Das Wesen der Fahrlässigkeit	Leipzig u. Wien	1910
Fabrizius	Zur Dogmatik des 'sonstigen Rechts' gemäß § 823 Abs. I BGB, Sonderdruck aus: Archiv für die civilistische Praxis	Tübingen	1961

Fischer, H. A.	Die Rechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, zitiert: Rechtswidrigkeit	München	1911
Flume	Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Sonderdruck aus: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben	Karlsruhe	1960
Frank	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage	Tübingen	1931
Hall	Fahrlässigkeit im Vorsatz	Marburg	1959
Horn, H. R.	Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit zitiert: Struktur der Rechtswidrigkeit	Berlin	1962
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Auflage, Band II (Nipperdey)	Berlin und Frankfurt	1957
Karlsruher Forum 1959	Haftung und Verschulden, mit Beiträgen von Nipperdey, Larenz, Esser, Scheffler, Troller u. a.	Karlsruhe	1959
Karlsruher Forum 1961	Grundprobleme der Haftung in § 823 BGB, mit Beiträgen von Reinhardt, von Caemmerer, Weitnauer u. a.	Karlsruhe	1961
Kaufmann, Armin	Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, zitiert: Unterlassungsdelikte	Göttingen	1959
Kienapfel	Das erlaubte Risiko im Strafrecht	Frankfurt a. M.	1966
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 7. Auflage	München und Berlin	1964

Larenz	Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht, Sonderdruck aus: Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Dölle, zitiert;		
	Rechtswidrigkeit	Tübingen	1963
	Über Fahrlässigkeitsmaßstäbe im Zivilrecht, in Festschrift für Walter Wilburg, S. 119 ff.	Graz	1965
Leonhard	Fahrlässigkeit und Unfähigkeit, Sonderdruck aus: Festgaben der Marburger Juristischen Fakultät für Ludwig Enneccerus	Marburg	1913
Münzberg	Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, zitiert; Verhalten und Erfolg	Frankfurt a. M.	1966
Niese	Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit	Tübingen	1951
	Streik und Strafrecht	Tübingen	1954
Nikisch	Arbeitsrecht, 2. Aufl., Band II	Tübingen	1959
Nipperdey	Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante Betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik vom 27. -29. Mai 1952 entstanden sind, zitiert; Zeitungsstreikgutachten	Köln	1953
Oehler	Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, zitiert; Zweckmoment	Berlin	1959
Radbruch	Die Natur der Sache als juristische Denkform, Sonderausgabe aus der Festschrift für Laun, Hamburg 1948, zitiert; Natur der Sache	Darmstadt	1960

Rehbinder	Die öffentliche Aufgabe und rechtliche Verantwortlichkeit der Presse	Berlin	1962
Rehfeldt	Einführung in die Rechtswissenschaft	Berlin	1962
RGR	Reichsgerichtsrätekommmentar zum BGB, 11. Aufl., Band II 2. Teil	Berlin	1960
Rost	Die Rechtfertigungsgründe bei Fahrlässigkeitsdelikten, Diss.	München	1965
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, Kommentar, 12. Aufl.	München und Berlin	1965
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., Band II	Stuttgart	1962
Staudinger	Kommentar zum BGB, 10. u. 11. Auflage, 32. Lieferung §§ 255-277	Berlin	1962
Stoll, Hans	Das Handeln auf eigene Gefahr	Berlin und Tübingen	1961
Stratenwerth	Das rechtstheoretische Problem der 'Natur der Sache'	Tübingen	1957
Summum Jus	Summum Jus, Summa Iniuria, Tübinger Ringvorlesung, u. a. mit Beiträgen von Baumann und Raiser	Tübingen	1963
Welzel	Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte	Karlsruhe	1961
	Das Deutsche Strafrecht, 9. Auflage	Berlin	1965
Westermann	Sachenrecht, 4. Auflage	Karlsruhe	1960

Wieacker	Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, Sonderdruck aus: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben	Karlsruhe	1960
Wiethölter	Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens	Karlsruhe	1960
Wolf, J. G.	Der Normzweck im Deliktsrecht	Göttingen	1962
Wolff, Karl	Verbotenes Verhalten	Wien und Leipzig	1923

I. VORBEMERKUNG

"Es geht nicht an, ein Verkehrsverhalten, das den Ge- und Verboten der Verkehrsordnung voll Rechnung trägt, trotzdem mit dem negativen Werturteil der Rechtswidrigkeit zu versehen." Dieser Satz aus dem berühmten Beschluß des Großen Senats für Zivilsachen des BGH vom 4. März 1957¹⁾ hat teils begeisterte Zustimmung gefunden, teils scharfe Ablehnung erfahren. Wiethölter²⁾ spricht der Entscheidung die zentrale Bedeutung für die nachfolgende Diskussion ab. Das mag für die Begründung, die der GZS seinem Spruch gegeben hat, zutreffen. Von der Dogmatik her gesehen, liegt da in der Tat manches im Argen. Eines aber steht sicher fest: Mit seiner kühnen These hat der BGH eine ungemein fruchtbare Diskussion³⁾ über die Grundbegriffe der zivilistischen Unrechtssystematik ausgelöst, die nach nun bald einem Jahrzehnt immer noch nicht zur Ruhe gekommen ist und laufend neue Erkenntnisse zutage fördert.⁴⁾ Es hat Stimmen gegeben, die den eigentlichen Wert einer Neubesinnung angezweifelt haben.⁵⁾ Werner⁶⁾ meint, "der Aufruhr der Modernisten gegen die h.L. von der zivilrechtlichen Rechtswidrigkeit" bleibe "reine Hirngymnastik, der aber nicht abgesprochen werden" solle, "daß sie theoretisch interessant" sei. Die rechte Antwort darauf hat Larenz erteilt, indem er schreibt⁷⁾: "Vor allem steht dem (nämlich der Behauptung von der mangelnden praktischen Bedeutsamkeit)⁸⁾ die Erfahrung entgegen, daß sich hinter scheinbar nur theoretischen Streitigkeiten oft schwerwiegende Sachprobleme verbergen. Bei einem Grundbegriff wie dem der Rechtswidrigkeit kann man nie wissen, an welcher Stelle des Systems eine

1) BGHZ 24, 21 ff 26

2) Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, S. 5

3) s. die bei Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 50 Anm. 206 Genannten; außerdem: Baumann in Summum Jus, S. 130 u. JZ 62, 41 ff, 429 f; Clauß NJW 62, 1708 ff u. VersR 63, 996 ff; Geilen JZ 64, 6 ff; H.R. Horn, Struktur der Rechtswidrigkeit S. 18 u. 55 f; Lampe ZStW 71; 579, 580; Larenz, Lehrbuch I S. 226 ff (§ 19 IV) u. in Rechtswidrigkeit, S. 172 ff; Rehbinde, S. 114 f; Rehfeldt, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 232 f; Stoll AcP 162, 203 ff; Weitnauer NJW 62, 1190 f u. VersR 63, 992 ff; Dahm, Deutsches Recht, S. 523 ff; Münzberg, Verhalten und Erfolg, passim; Bydliński, Probleme S. 40 ff; Löwisch in AcP 165, 421 ff; Zeuner JZ 66, 1 ff

4) s. die in Anm. 3 Genannten

5) vor allem Weitnauer VersR 61, 1057 ff 1063, auf den Stoll AcP 162, 203 ff 204 Anm. 5 scharf erwidert.

6) Staudinger-Werner, Vorbem. 88 vor §§ 275 ff BGB

7) Rechtswidrigkeit, S. 174

8) Klammer vom Verfasser

inhaltliche Neubestimmung zu unerwarteten Konsequenzen führen wird." 9) Im übrigen mag es mit Exner gehalten werden, der im Anschluß an Ihering sagt, 10) die Jurisprudenz dürfe, "um praktisch zu sein, sich nicht auf das Praktische beschränken."

Der vorliegende Beitrag geht von dem Fahrlässigkeitsbegriff aus, wie er in der Vorschrift des § 276 I 2 BGB definiert worden ist. Demnach wird unter Fahrlässigkeit das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verstanden. Dies erscheint für eine Untersuchung, die sich auf das Zivilrecht beschränkt, als der vom Gesetzgeber vorgezeichnete Weg. Ob die objektivierte Formel des § 276 I 2 BGB den Blick auf die individuellen Fähigkeiten des Handelnden generell verlagert, ist damit noch nicht entschieden. Daß aber die Aufgabenstellung des Zivilrechts die Berücksichtigung der Einzelpersonlichkeit nicht im gleichen Maße verlangt wie im Strafrecht, dürfte unbestritten sein. Es ist auch nicht beabsichtigt, eine umfassende Darstellung des Fahrlässigkeitsbegriffs im Bürgerlichen Recht zu geben. Einen nähergehenden Versuch hat erst jüngst Deutsch 11) unternommen. Hier wird das Einordnungsproblem vielmehr aus einem bestimmten Blickwinkel, nämlich dem der Rechtfertigung bei unvorsätzlichem Verhalten, gesehen. Dieser Frage ist besonders in der Literatur bislang wenig Beachtung geschenkt worden. 12) Dabei liegt es bei der nahezu stereotyp gebrauchten Formel, die Rechtswidrigkeit tatbestandsmäßigen Verhaltens sei gegeben, 13) wenn dem Handelnden kein Rechtfertigungsgrund zur Seite stehe 14), auf der Hand, sich zu überlegen, ob diese Vorstellung sich für das fahrlässige Delikt überhaupt eignet. Die Fahrlässigkeit ist regelmäßig im Anhang an den Vorsatz behandelt worden, gleichsam als dessen "schwächerer Bruder". So wird die Folgerung verständlich, daß, was für den Vorsatz gelte, auch für die Fahrlässigkeit von Bedeutung sei. 15) Auch für das Strafrecht ist diese Lehre, soweit sie die

9) vgl. auch die Zitate in Anm. 5.

10) Wesen der Fahrlässigkeit im Vorwort

11) mit seiner beachtenswerten Schrift: 'Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt' 1963

12) an neueren Schriftstellern sind eigentlich nur Schmitt in JuS 63, 64 ff und Rost mit seiner Dissertation "Die Rechtfertigungsgründe bei Fahrlässigkeitsdelikten" (München 1965) zu nennen. Beide behandeln das Problem allerdings aus strafrechtlicher Sicht.

13) das häßliche Wort 'indizieren' sollte tunlichst vermieden werden.

14) vgl. etwa Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 62, 249, 264 u. ö.; Stoll JZ 58; 137 ff 139, 140; Enneccerus-Lehmann, S. 945 u. a., Raiser JZ 61, 465 ff 469

15) so u. a. Welzel, Strafrecht S. 120 u. Wiethölter, S. 41

Rechtfertigung angeht, bis heute aufrechterhalten worden, so sehr die Ansichten dort sonst auseinandergehen mögen.¹⁶⁾ Es will scheinen, als werde bei der vollständigen Gleichbehandlung der unserem Zivilrecht bekannten Deliktsformen die Erkenntnis vernachlässigt, daß bereits in der Struktur der beiden Verhaltensarten ein wesentlicher Unterschied darin besteht, daß die Tatbestandsverwirklichung das eine Mal gewollt ist, das andere Mal aber gerade nicht.¹⁷⁾ Niese¹⁸⁾ setzt die Akzente richtig, wenn er betont, daß sich auf derselben Ebene nur Vorsatz und Nichtvorsatz, nicht aber Vorsatz und Fahrlässigkeit gegenüberstehen.¹⁹⁾

Unter diesen Umständen ist die gestellte Frage nicht nur Gegenstand begriffsjuristischer Doktrin. Ihr kommt erhebliche praktische Bedeutung zu, eine Erkenntnis, die den Strafrechtlern durchaus geläufig ist²⁰⁾ und deren Gültigkeit für das Privatrecht noch zu zeigen sein wird.²¹⁾ Daneben ergibt sich das für die Dogmatik der fahrlässigen Handlung nicht eben unwesentliche Problem, ob, falls die herkömmlichen Rechtfertigungsgründe nicht in das Gefüge des unvorsätzlichen Verhaltens hineinpassen, noch an der überkommenen Dreiteilung im Deliktsaufbau festgehalten werden kann. Hier bieten sich zwei Wege an: Entweder man begnügt sich bei den fahrlässigen Delikten mit zwei Stufen, Tatbestandsmäßigkeit = Rechtswidrigkeit und Verschulden²²⁾, oder man erwägt, ob die Widerrechtlichkeit angesichts der Tatsache, daß die Formel von der Rechtswidrigkeit bei Tatbestandsmäßigkeit ohne das Hinzutreten von Rechtfertigungsgründen der Milderung der unvorsätzlichen Tat nicht gerecht wird, nicht doch woanders als nur

-
- 16) Zum Streit um die finale Handlungslehre kann über den Rahmen dieser Arbeit hinaus hier nicht Stellung genommen werden.
 - 17) Zur Rechtfertigung bei Fahrlässigkeit besonders Schönke-Schröder, Vorbem. 77 vor § 51 StGB u. Anm. 164 zu § 59 StGB sowie Schmitt JuS 63, 64 ff und die in Anm. 12 genannte Diss. von Rost.
 - 18) JZ 56, 457 ff 460
 - 19) Es soll hier dahingestellt bleiben, welche Ebene das ist und ob das Begriffspaar 'Vorsatz und Nichtvorsatz' nicht besser durch 'Finalität und mangelnde Finalität' ersetzt werden sollte.
 - 20) vgl. etwa Jeschek, Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht (1965), S. 11 f.
 - 21) s. u. III
 - 22) Das gilt auch für diejenigen, die wie Welzel (Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, S. 21 ff) und Wiethölter (a. a. O., S. 41) die Fahrlässigkeit dem Tatbestand zuschlagen. Wer dann noch (wie Wiethölter, a. a. O., S. 46 f) das Erfordernis der individuellen Vorwerfbarkeit für das Zivilrecht ablehnt, gelangt sogar zu einer Einstufigkeit im Aufbau der zivilistischen Fahrlässigkeitstat.

in der Verwirklichung des Tatbestandes zu erblicken ist. Die zweite Alternative nähert sich der modernen Auffassung von der Fahrlässigkeit als dem unrechtsbe-
 gründenden Element nichtfinalen Verhaltens.²³⁾ Indessen führt sie nicht zwin-
 gend dorthin. Es besteht zumindest die theoretische Möglichkeit, das Unrecht
 des fahrlässigen Delikts weder schon aus der Tatbestandserfüllung (Erfolgsherbei-
 führung) noch erst aus der Sorgfaltverletzung i. S. des § 276 I 2 BGB (Fahrläs-
 sigkeit) herzuleiten. In diese Richtung zielen die Bemerkungen von Clauß²⁴⁾,
 der hier selbst von dem "Versuch einer Synthese"²⁵⁾ zwischen der bisherigen²⁶⁾
 und der neuen Lehre spricht.

Wenn bislang von Rechtfertigungsgründen die Rede war, so wurden darunter die
 'klassischen' Tatbestände wie Notwehr, Notstand, Einwilligung und dgl. ver-
 standen. Der vom BGH²⁷⁾ entwickelte 'Rechtfertigungsgrund des verkehrsrich-
 tigen Verhaltens'²⁸⁾ hat mit ihnen nichts gemeinsam. Er bezeichnet nicht
 wie jene eine Ausnahmesituation²⁹⁾, verleiht auch kein positives Eingriffs-
 recht³⁰⁾ 31). Es geht vielmehr bei der Einhaltung der im Verkehr erforderli-
 chen Sorgfalt um eine Erscheinung, die - schließt man sich im übrigen der
 Gedankenführung des Großen Senats an - die Rechtswidrigkeit gar nicht erst
 aufkommen läßt, nicht aber eine an sich begründete Rechtswidrigkeit wieder
 aufhebt.³²⁾ Auf den falschen Ansatz in der Betonung weist zutreffend von
 Caemmerer hin, wobei er der Hoffnung Ausdruck gibt, "daß der 'Rechtfertigungs-
 grund des verkehrswidrigen Verhaltens' sobald als möglich wieder aus der Dis-

23) deren Vertreter sind unten II 3a aufgeführt.

24) MDR 61, 905 f; NJW 62, 1708 ff; VersR 63, 996 ff

25) VersR 63, 996

26) und auch jetzt noch als herrschend zu bezeichnenden

27) BGHZ 24, 21 ff 28; ihm folgend u. a. Esser in Karlsruher Forum 1959,
 15 ff 17 u. Baumann MDR 57, 646 ff

28) vgl. dazu die gleichlautende Schrift von Wiethölter

29) so richtig Wiethölter, a. a. O. S. 10; ebenso Stoll, JZ 58, 137 ff 140

30) s. Reinhardt in Karlsruher Forum 1961, 3 ff 8; Boennecke NJW 60,
 1188 f

31) Die Verwendung der Figur eines Rechtfertigungsgrundes für den Tatbestand
 des sorgfältigen Verhaltens im Straßenverkehr hat dazu geführt, von einem
 'Recht zur verkehrsrichtigen Tötung' (so etwa Lehmann in Festschrift für
 Hedemann S. 189) zu sprechen, das dann auch vorsätzlich wahrgenom-
 men werden könne (Wussow NJW 58, 891 ff).

32) Das hat Rud. Schmidt (NJW 58, 488 ff) als scharfer Kritiker des Beschlus-
 ses des BGH sehr klar erkannt und mit Recht auf den diesem unterlaufenen
 Widerspruch aufmerksam gemacht.

kussion verschwindet". 33)

Schließlich sei noch ein Wort zu dem Argument aus der 'Natur der Sache' gestattet, das von den am Streit um die Einordnung der zivilistischen Fahrlässigkeit Beteiligten für ihre jeweiligen Thesen beansprucht wird. So stellen die Anhänger der finalen Handlungslehre ihren Handlungsbegriff als "der Rechtsordnung vorgegeben" 34) hin, der demzufolge auch für das Privatrecht gelte mit allen sich daraus ergebenden Folgerungen. 35) Ihre Gegner betonen die Verschiedenartigkeit der Ordnungsaufgaben auf den einzelnen Rechtsgebieten. 36) Dieses widersprüchlichen und verwirrenden Dialogs hat sich Stratenwerth 37) angenommen und klar herausgestellt, "daß sachlogische Zusammenhänge immer einer bestimmten Blickrichtung zugehören" und es deshalb nicht genüge, "sie als ontische Gegebenheiten zu charakterisieren." 38) Wer dem zustimmt, ist damit noch nicht auf die bisherige Unrechtslehre im Zivilrecht festgelegt. 39) Es kommt vielmehr darauf an, welche Funktionen die Normen auf den einzelnen Teilgebieten der Rechtsordnung ausüben. Wer im bürgerlichen Recht und damit auch in den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen gemäß §§ 823 ff BGB wirklich nur Ausgleichs- und Bewertungsrecht sieht, der hat sich freilich endgültig für die ältere Ansicht entschieden. Wer das aber nicht tut und auch den Regeln des Privatrechts bestimmende Tendenzen zubilligt, dem ist der Weg zu einer Neubesinnung der zivilistischen Unrechtsdogmatik nicht verschlossen. 40) Sind die Wertgesichtspunkte, die das positive Recht aufnimmt, wenigstens teilweise für die verschiedenen Einzeldisziplinen gleich, so ist es ihm versagt, dieselben nach Belieben zu durch-

33) Wandlungen im Deliktsrecht, S. 134. Bedenken dagegen, daß 'das Unvermeidliche zum Rechtfertigungsgrund nobilitiert' werde, meldet auch Kienapfel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht S. 20, an; vgl. dens. auch S. 27.

34) so etwa Niese JZ 56, 457

35) Niese, a. a. O., S. 458; Enneccerus-Nipperdey, S. 1279 f (§ 209 II)

36) u. a. Baur AcP 160, 465 ff 470; Bettermann NJW 57, 986; May NJW 58, 1262 ff; Reimer Schmidt MDR 58, 193 ff; Westermann AcP 154, 551 ff 560

37) mit seiner Studie "Das rechtstheoretische Problem der 'Natur der Sache'"

38) a. a. O., S. 16

39) Das beweist u. a. die Stellungnahme Wieackers (in JZ 57, 535 ff), der dem Beschluß des Großen Zivilsenats im Wesentlichen folgt und zugleich die Argumentation Stratenwerths billigt.

40) Die Frage, ob zivilrechtliche Normen bestimmender (imperativer) oder nur bewertender Natur sind, ist unter IV 2a noch eingehend zu erörtern. Vgl. die daselbst angeführte Literatur.

brechen.⁴¹⁾ Andernfalls müßte es zu einem unlösbaren Konflikt der leitenden Wertvorstellungen kommen.⁴²⁾ Darüber hinaus aber verspricht die Argumentation aus der 'Natur der Sache' wenig Erfolg bei der Lösung der anstehenden Fragen. Radbruch⁴³⁾ hat das schillernde Gewand gezeichnet, in dem dieser Begriff zu den verschiedensten Zeiten und bei den verschiedensten Schriftstellern aufgetaucht ist. Solange man sich aber über seinen Inhalt nicht einig ist, kann eine Berufung auf ihn nur dazu führen, daß man aneinander vorbeiredet. Wichtiger scheint die Überlegung zu sein, daß man sich bei der juristischen Begriffsbildung nicht allzu sehr vom allgemeinen Sprachgebrauch entfernen sollte. Wenn G. Hoileaux (Paris) für das französische Recht behaupten kann, es spreche "die Sprache des gewöhnlichen Bürgers"⁴⁴⁾, so muß das den Juristen diesseits des Rheins mit gewissem Neid erfüllen. Was soll der Mann im Volke dazu sagen, wenn er etwa nach einem Verkehrsunfall im Strafverfahren mangels Verschuldens freigesprochen, im Zivilrechtsstreit aber wegen Verschuldens^{44a)} zur Ersatzleistung verurteilt wird? Man wende nicht ein, auch der Mediziner oder der Techniker habe seine Fachsprache. Sie zu verstehen, ist der Rechtsgenosse nicht gehalten; der Rechtsordnung hingegen ist er unterworfen, ihren Bestimmungen soll er Folge leisten. Damit wird nicht dem 'terrible simplificateur' das Wort geredet. Fachausdrücke in Spezialmaterien werden immer notwendig sein. Wohl aber sollten die Grundbegriffe innerhalb des gesamten Rechts einheitlich sein und sich inhaltlich möglichst mit den gleichlautenden Begriffen der allgemeinen Sprache decken.

Die folgende Darstellung ist so aufgebaut, daß zunächst der Stand der Diskussion über die Einordnung der Fahrlässigkeit im Zivilrecht wiedergegeben wird. Das geschieht in knapper Form, da zu Einzelheiten in den verschiedenen Ansichten ohnehin noch allenthalben im weiteren Verlauf der Arbeit Stellung genommen wird und im übrigen insoweit auf die Zusammenstellung bei Deutsch⁴⁵⁾, Wietölter⁴⁶⁾ und anderen⁴⁷⁾ verwiesen werden kann. Nach der Feststellung, daß

41) Stratenwerth, a. a. O., S. 26

42) Stratenwerth, a. a. O., S. 18

43) Natur der Sache, S. 5 ff

44) Karlsruher Forum 1961, 46

44a) vgl. dazu Hafferburg NJW 59, 1398 ff, 1402; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 71, betont, daß der Fahrlässigkeitsbegriff nicht aus der Umgangssprache übernommen worden sei, sondern seine wesentliche Ausprägung von der Gerichtssprache (!) erfahren habe.

45) a. a. O., S. 43 ff

46) a. a. O., S. 24 ff, auch schon S. 13 ff

47) statt aller J. G. Wolf, Der Normzweck im Deliktsrecht, S. 32 ff; Reinhardt in Karlsruher Forum 1961, 3 ff u. Weitnauer ebenda S. 28 ff

bei aller Gegensätzlichkeit der Lehrmeinungen deren Vertreter sich doch in der Frage nach der Rechtfertigung bei unvorsätzlichem Verhalten einig sind ⁴⁸⁾, wird dieses Problem in einem besonderen Abschnitt behandelt. An das Ergebnis, daß eine Rechtfertigung unter Berufung auf einen der 'klassischen' Rechtfertigungsgründe sich mit der Struktur der fahrlässigen Handlung nicht vereinbaren läßt, schließen Untersuchungen über den Aufbau dieser Deliktsform an, die dann zur Einordnung der objektiven Fahrlässigkeit in die Rechtswidrigkeitsstufe der vorsatzlosen Tat führen. Ein weiterer Abschnitt ist der Überprüfung der Möglichkeit und Richtigkeit des gefundenen Resultats an den wichtigsten gesetzlichen Bestimmungen des Privatrechts gewidmet. Eine kurze Nachbemerkung mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse soll endlich der Abrundung der Arbeit dienen.

48) Soweit sich dazu überhaupt gesonderte Stellungnahmen auffinden lassen.

II. DER STAND DER BISHERIGEN DISKUSSION

Wenn sich der Theorienstreit auch vornehmlich mit der Frage befaßt, welcher Stufe im zivilrechtlichen Deliktsaufbau die Fahrlässigkeit zuzuordnen sei, so geht er doch zugleich und notwendigerweise um das Problem, welche Aufgabe dem Rechtswidrigkeitsurteil im Privatrecht zukommt. Das folgt schon daraus, daß die Modernisten in der Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt das wesentliche Unrechtselement bei unvorsätzlichem Verhalten erblicken.⁴⁹⁾ Wer das nicht tut, muß die Entscheidung über die Widerrechtlichkeit fahrlässigen Handelns aus anderen Kriterien herleiten, und es ist klar, daß dann dem Ausspruch, die Tat sei rechtswidrig, unterschiedliche Funktionen beigemessen werden. Zunächst soll der Standpunkt der älteren, wohl noch herrschenden Lehre dargestellt werden, die durchaus nicht in allen Punkten einheitlich ist, deren Vertreter aber darin übereinstimmen, daß im bürgerlichen Recht die Rechtswidrigkeit in der Hauptsache vom Erfolg her zu sehen sei,⁵⁰⁾ die Vorschriften des BGB Bewertungs- und keine Bestimmungsnormen enthalten⁵¹⁾ 52) und die Fahrlässigkeit als Verschuldensmerkmal⁵³⁾ aufgefaßt werden müsse.⁵⁴⁾

1. a) In der so bezeichneten älteren Lehre gibt es eine Richtung, die sich durch ihren 'extremen Objektivismus' von den anderen Strömungen abhebt. Als ihr

-
- 49) wobei zunächst die weitere Streitfrage offenbleiben kann, ob die objektive Fahrlässigkeit zum Tatbestand oder zur Ebene der Rechtswidrigkeit gehört.
- 50) vgl. etwa Larenz in *Karlsruher Forum* 1959, 10 ff 13; Troller ebenda S. 65 (vom Schweizer Recht herkommend); J. G. Wolf, *Der Normzweck im Deliktsrecht* S. 32; Weitnauer *VersR* 63, 992 ff; Westermann *JZ* 60, 692 ff 694
- 51) s. Stoll *JZ* 58, 137 ff 142 f; Baur *AcP* 160, 465 ff 470; Staudinger-Werner, *Vorbem.* 81 vor §§ 275 ff BGB; Rehfeldt, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, S. 223; Reinhardt *JZ* 61, 713 ff 716; ebenso schon Karl Wolff, *Verbotenes Verhalten*, S. 175
- 52) grundsätzlich zur Aufgabenstellung des Zivilrechts; Boehmer, *Grundlagen*, Bd. I 18 ff; auch S. 152 ff, wo er das Zivilrecht als "Friedensordnung" dem Strafrecht als "Unfriedensordnung" gegenüberstellt; ebenso ders. *Einführung*, S. 41 ff; ferner ders. in der *Reichsgerichtsfestschrift* Bd. III S. 216 ff
- 53) wenngleich im untechnischen Sinne; dagegen aber die 'Subjektivisten'
- 54) einhellige Ansicht dieser Lehre

führender Verfechter ist Weitnauer ⁵⁵⁾ zu nennen. Er meint ⁵⁶⁾, daß allein auf die "Widerrechtlichkeit des verursachten Erfolges, nicht aber auf die Widerrechtlichkeit der Verursachung eines Erfolges" abzustellen sei. Das führt ⁵⁷⁾ zu der überholten Vorstellung, es könne rechtswidrige Zustände ohne menschliche Beteiligung ⁵⁸⁾ geben. Auch in der Frage, ob zur Fahrlässigkeit nicht nur der objektive Sorgfaltsverstoß, sondern auch die individuelle Vorwerfbarkeit gehöre, bezieht Weitnauer eindeutig Stellung gegen die 'Subjektivisten' mit dem Hinweis, das Deliktsrecht des BGB sei Schadensverteilungs- und kein Strafrecht. ⁵⁹⁾ Überwiegend wird jedoch von der h. L. das Rechtswidrigkeitsurteil an die menschliche Handlung geknüpft, wobei allerdings zugegeben wird, ⁶⁰⁾ daß diese nicht viel mehr als einen Zurechnungsfaktor abgibt, während die eigentliche Bewertung des Verhaltens als widerrechtlich vom Erfolge, also vom Schadenseintritt oder einer sonstigen Tatbestandsverwirklichung abhängt. Angelpunkt dieser Theorie, die man als kausale Handlungslehre ⁶¹⁾ in ihrem reinsten Gewande bezeich-

55) im Karlsruher Forum 1961, 28 ff; NJW 61, 107 ff u. 62, 1190 f; VersR 61, 1057 ff u. 63, 992 ff

56) VersR 61, 1057, 1058

57) wie Stoll AcP 162, 203 ff 208 Anm. 24 bemerkt

58) vgl. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, S. 172, 175; mit äußerster Konsequenz Karl Wolff, Verbotenes Verhalten, S. 173 f, 176 ff, 192, der auf der anderen Seite S. 232) der für damalige Zeiten (1923) sehr modernen Auffassung zuneigt, daß der Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in das Gebiet der Rechtswidrigkeit gehöre. Von den jüngeren Schriftstellern scheint auch H. R. Horn dieser These anzuhängen (Struktur der Rechtswidrigkeit, S. 97, 115 ff, 120 ff, wo er allenthalben von 'rechtswidrigen' Zuständen spricht); dagegen anerkennt Esser (Karlsruher Forum 1959, 15, 16) zwar auch diese Form der Widerrechtlichkeit, die er aber als 'Unrecht im weiteren Sinne' vom rechtlich mißbilligten Verhalten als dem 'Unrecht im engeren Sinne' unterscheidet.

59) s. Anm. 55 u. 56

60) Dabei bleibt es gleich, ob man (wie Larenz, Rechtswidrigkeit, S. 180, besonders Anm. 28) sagt, die ältere Lehre eliminiere die Handlung nicht, sondern betrachte nur den Erfolg als integrierenden Bestandteil derselben. In jedem Falle entscheidet dieser allein über Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des zu ihm hinführenden Verhaltens.

61) daß die kausale Handlungslehre die bisherige Auffassung geformt hat, ist unbestritten.

nen kann, ist das Institut des absoluten Rechts.⁶²⁾ Dessen Inhalt soll in einem umfassenden Schutz gegenüber jedweden, wie auch immer gearteten⁶³⁾ Eingriff bestehen. Aus der 'unmittelbaren' Annäherung⁶⁴⁾ an ein solchermaßen geschütztes Recht oder Rechtsgut bzw. aus dessen Verletzung folge zwingend die Rechtswidrigkeit des gefährdenden⁶⁵⁾ bzw. schädigenden Verhaltens, es sei denn, dem Handelnden stünde ein Rechtfertigungsgrund zur Seite.⁶⁶⁾ Dem Einwand, daß die Rechtsordnung in vielen Lebensbereichen gefährliche Betriebe zulasse und es bei Einhaltung der dafür vorgeschriebenen Vorsichtsmaßregeln mißlich sei, bei einem gleichwohl eingetretenen Schaden die zunächst doch erlaubte Tätigkeit rückwirkend als widerrechtlich anzusehen,⁶⁷⁾ begegnet die h. L. mit dem Hinweis, daß zwar das gefährdende, nicht aber das verletzende Verhalten gestattet sei.⁶⁸⁾ Wussow bekennt sich für den Bereich des Straßenverkehrsrechts zu der Auffassung,⁶⁹⁾ "daß zwar ein den Verkehrsregeln entsprechendes Fahren auf der Straße keine rechtswidrige Handlung darstelle,"⁷⁰⁾ daß aber die Rechtswidrigkeit in dem Augenblick beginne, in dem der Kotflügel eines Kraftwagens den Körper eines anderen Menschen berühre und verletze"^{70a)}. Als besonderes Argument bucht die bisherige Meinung den Umstand, daß, wer bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt Rechtmaßigkeit annimmt, mit Rücksicht auf die Begriffsbestimmung der Notwehr in § 227 II BGB vor zumindest terminologische Schwierigkeiten gestellt ist⁷¹⁾; Entweder lasse man gegenüber sorgfältigem Verhalten Notwehr nicht zu, oder aber es werde im bürgerlichen Recht zwischen einer erfolgsbetonten und einer handlungsbetonten Rechtswidrig-

62) dazu Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 282; Stoll AcP 162, 203 ff 214 (der aber den kausalen Handlungsbegriff auch für das bürgerliche Recht für ungeeignet hält, S. 235); Baur AcP 160, 465 ff; J. G. Wolf, Der Normzweck im Deliktsrecht, S. 32

63) Raiser in Summum Jus, S. 145 ff 160

64) so besonders Deutsch, a. a. O., S. 282

65) J. G. Wolf, Der Normzweck im Deliktsrecht, S. 39 ff betrachtet die "typische Gefährdung als Grenzmaß für die Rechtswidrigkeit eines Eingriffs" (S. 41)

66) vgl. die Anm. 14 Genannten

67) vgl. die unten II 2 u. 3 Genannten

68) so besonders Staudinger-Werner, Vorbem. 86 vor §§ 275 ff BGB; May NJW 58, 1262 ff; Emil Böhm MDR 58, 745 f; Stoll JZ 58, 137 ff 142; Hubmann JZ 58, 489 ff 492

69) NJW 58, 891, 892

70) anstelle der Konjunktive stehen im Zitat Indikative

70a) ebenso H. R. Horn, Struktur der Rechtswidrigkeit, S. 102. Dagegen Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 177 Anm. 350 u. 352

71) eindringlich Rud. Schmidt NJW 58, 488 ff u. 60, 1706 f

keit unterschieden. ⁷²⁾ Die gleichen Bedenken werden folgerichtigerweise auch bei der Behandlung der negatorischen und quasinegatorischen Ansprüche angemeldet. ⁷³⁾

b) Bis zu diesem Punkte decken sich die Ansichten der 'objektivistischen' und 'subjektivistischen' Anhänger der Erfolgsunrechtslehre. Während jene aber ⁷⁴⁾ für die Annahme der Fahrlässigkeit den objektiven Sorgfaltsverstoß ⁷⁵⁾ genügen lassen, ⁷⁶⁾ verlangen diese, ⁷⁷⁾ daß die Verletzung der Sorgfaltspflicht dem Handelnden auch zum Vorwurf gereichen müsse. Als klassischer Vertreter dieser Auffassung darf Leonhard angesprochen werden. In seiner im Jahre 1913 veröffentlichten Schrift "Fahrlässigkeit und Unfähigkeit" fordert er besonders für das Deliktsrecht, ⁷⁸⁾ daß die Rechtsordnung bei Anlegung ihrer Verhaltensmaßstäbe auf die individuellen Eigenschaften und Fähigkeiten Rücksicht zu nehmen habe. ⁷⁹⁾ Die Bemerkung, die von ihm vertretene Ansicht bedeute eine Belohnung der Dummheit und Schwäche, ⁸⁰⁾ pariert Leonhard mit den Worten ⁸¹⁾:
 "Dagegen ist zu sagen, daß unter den Folgen der Unfähigkeit sicherlich der Un-

72) Rud. Schmidt (NJW 58, 488 ff) hält das bei einem so grundlegenden Begriff wie dem der Rechtswidrigkeit für mehr als einen Schönheitsfehler.

73) etwa Stoll JZ 58, 137 ff 140 - aber derselbe auch AcP 162, 203 ff 223, wo er ausführt, die Zustandshaftung sei der legitime Bereich der Eigentumsfreiheitsklage, während die Handlungshaftung eine "fragwürdige Rechtsfortbildung praeter legem" darstelle; vgl. ferner Baur AcP 160, 465 ff 467, 470 u. Deutsch, a. a. O., S. 261 ff

74) und das ist die überwiegende Mehrheit

75) Was diese Formel umfaßt, hat ausführlich Deutsch, a. a. O., S. 93 ff, 117 ff, dargetan, auf dessen Ausführungen insoweit verwiesen wird.

76) Über die Ausnahmen auf bestimmten Teilbereichen des Zivilrechts s. u. IV 4 b d

77) vgl. die bei Deutsch, a. a. O., S. 23 ff Genannten

78) im Vertragsrecht kommt auch er weitgehend mit der Konstruktion des 'Übernahmeverschuldens' aus (a. a. O., S. 3, 51 u. ö.); so auch Boehmer, Einführung S. 310 Anm. 2. Unter diesem Gesichtspunkt lassen sich auch über das Vertragsrecht hinaus diejenigen Fälle behandeln, in denen jemand freiwillig eine Tätigkeit übernimmt, so z. B. als negotiorum gestor, Testamentsvollstrecker oder Konkursverwalter.

79) a. a. O., besonders S. 42

80) vgl. die bei Leonhard, S. 69 Anm. 193 u. 194 Angeführten

81) a. a. O., S. 69

fähige selbst am meisten leiden wird. Er kommt im Leben nicht vorwärts, erzielt keine Erfolge und ist zahlreichen Gefahren ausgesetzt." Es wird deutlich, daß als tragendes Element dieser Lehre das Verschuldensprinzip erscheint.⁸²⁾ Leonhard spricht es selbst klar aus, indem er formuliert⁸³⁾: "Wer das ethische Moment aus dem Begriff der Fahrlässigkeit ausschaltet, der muß folgerichtig dahin gelangen, daß die Fahrlässigkeit überhaupt keine Schuldform sei."⁸⁴⁾ Von diesem Satz aus wird es verständlich, daß die subjektivistische Fahrlässigkeitsauffassung gerade von denen wiederbelebt worden ist, die der objektiven Sorgfaltswidrigkeit einen Standort außerhalb der Verschuldensstufe zugewiesen und diese dadurch, wenn man so will, für eine Neuausfüllung freigemacht haben.⁸⁵⁾

c) Zu den Verfechtern der Erfolgsunrechtslehre zählen auch diejenigen, die im Verlaufe der Diskussion bedeutsame Einschränkungen und Berichtigungen an den überkommenen Vorstellungen vorgenommen haben, ohne aber den Boden der älteren Theorie zu verlassen. Zu nennen sind vor allem Larenz⁸⁶⁾, Stoll⁸⁷⁾ und Raiser⁸⁸⁾. Ihnen ist gemeinsam, daß sie zwar von der zentralen Bedeutung des absoluten Rechts im zivilistischen Deliktsrecht ausgehen, darüber hinaus aber zu differenzieren versuchen. So unterscheidet Raiser zwischen Rechtsschutz und Institutionsschutz⁸⁹⁾ und verlangt für diesen eine bessere dogmatische Fundierung.⁹⁰⁾ Larenz⁹¹⁾ und Stoll⁹²⁾ melden übereinstimmend Bedenken gegenüber der Brauchbarkeit der kausalen Handlungslehre an, weil diese "den Kreis der für die Qualifizierung der Handlung bedeutsamen Folgen viel zu weit - nämlich bis zur Grenze des 'adaequaten' Kausalzusammenhanges - ziehe⁹³⁾ und daher ins Uferlose gerate".⁹⁴⁾ Larenz schlägt vor, dem ohne Vorsatz Handelnden nur diejenigen Erfolge als widerrechtlich zuzurechnen, die "im Vollzuge der

82) so richtig Deutsch, a. a. O., S. 25

83) a. a. O., S. 47/48

84) worauf schon drei Jahre zuvor Exner, Wesen der Fahrlässigkeit, S. 190 ff 193 hingewiesen hatte

85) wegen deren Vertreter vgl. die Zitate unten Anm. 175-179

86) besonders in seiner Schrift Rechtswidrigkeit, S. 183 ff

87) AcP 162, 203 ff

88) in Summum Jus, S. 145 ff

89) so schon der Titel seiner Abhandlung a. a. O.

90) a. a. O., S. 161

91) Rechtswidrigkeit, S. 182 f

92) AcP 162; 203 ff, 208, 235 f

93) vgl. oben Anm. 70

94) Larenz, Rechtswidrigkeit, S. 183

Handlung" ⁹⁵⁾ herbeigeführt würden. Was er darunter versteht, wird an dem von ihm ⁹⁶⁾ mitgeteilten Selbstmörderbeispiel ⁹⁷⁾ deutlich: Ein Selbstmörder wirft sich in so kurzer Entfernung vor die Lokomotive eines fahrenden Zuges, daß diese nicht mehr zum Halten gebracht werden kann. Larenz meint, das Handeln des Lokomotivführers sei "gleichsam wieder überdeterminiert worden durch das finale Tun des Selbstmörders". Das rechtfertige es, "den 'Erfolg' nicht mehr seiner Handlung, sondern nur der des Getöteten zuzurechnen." ⁹⁸⁾ ⁹⁹⁾ - Wiederum auf einer anderen Ebene liegen die Versuche von Stoll, das Einordnungsproblem in den Griff zu bekommen. Er führt ¹⁰⁰⁾ eine ins Einzelne gehende Untersuchung der in § 823 I BGB enthaltenen absoluten Rechte und Rechtsgüter durch. Dabei gelangt er zu dem Ergebnis, daß manche von ihnen nur gegen finale Eingriffe geschützt seien ¹⁰¹⁾; andere hingegen könnten auch schon durch einen nichtgezielten "objektiv-unmittelbaren Eingriff" verletzt werden. ¹⁰²⁾ Er schließt mit der Feststellung, es gebe keinen einheitlichen Typ des absoluten Rechts, ¹⁰³⁾ und nähert sich der ^{103a)} Lehre von Caemmerers, wenn er ¹⁰⁴⁾ behauptet, der Verstoß gegen eine objektive Verkehrspflicht sei das "konstituierende Unrechtselement der mittelbaren Rechtsverletzung, während unmittelbare Eingriffe als solche der Rechtsordnung" zuwiderliefen. ^{104a)}

d) Neuerdings versuchen einige Anhänger der älteren Auffassung, sich den "Modernisten" dadurch zu nähern, daß sie die Bestimmungsfunktion der Zivilrechtsnormen nicht mehr leugnen, aber zugleich darauf hinweisen, daß die Feststellung der Widerrechtlichkeit nicht nur an den Handelnden gerichtet sei,

95) Rechtswidrigkeit, S. 184

96) Rechtswidrigkeit, S. 187

97) zu dieser Frage auch Baumann in Summum Jus, S. 130

98) vgl. Anm. 96

99) auf derselben Ebene liegen die Bemerkungen von Larenz zum sogenannten 'Grünstreifenurteil' des LG Düsseldorf, NJW 55, 1009 ff besonders 1012; zur Frage der Zurechenbarkeit fremder Unrechtshandlungen ferner Rother in NJW 65, 177 ff u. 66, 326 ff (unter besonderer Berücksichtigung des sog. mitwirkenden Verschuldens) sowie Dunz in NJW 66, 134 ff.

100) AcP 162; 203 ff 212

101) AcP 162, 212/213

102) AcP 162, 214

103) AcP 162, 228

103a) noch zu behandelnden

104) AcP 162, 229

104a) wobei freilich nicht übersehen werden darf, daß Stolls 'mittelbare' und von Caemmerers 'nichtfinale' Eingriffe einander nicht decken

sondern ebenso an die übrigen Rechtsgenossen. ¹⁰⁵⁾ So hänge von dem Urteil der Rechtswidrigkeit die Befugnis des in seinen Rechten Betroffenen ab, ob er sich der Beeinträchtigung erwehren dürfe oder nicht. Außerdem stellten die Rechtsvorschriften als soziale Ordnungsregeln "eine verbindliche Richtschnur für die staatlichen Organe bei der Entscheidung" dar, "ob das Verhalten zugelassen werden" dürfe "oder zu unterbinden" sei. ^{105a)}

Einen weiteren Aspekt im Streit um die Einordnung der Fahrlässigkeit im Zivilrecht zeigt schließlich Zeuner ¹⁰⁶⁾ auf. Er geht von dem sogenannten "uneigentlichen Verschulden" aus und stellt fest, ^{106a)} daß sich haftungsbegründendes und mitwirkendes Verschulden "auf der Ebene einer fundierenden allgemeinen rechtlichen Wertung" trafen. Zeuner bezeichnet das als eine "rechtliche Wertwidrigkeit" und folgert daraus, daß es sich bei dem Verschulden um eine negative Einstellung gegenüber dem rechtlich Werthafter handelt. ^{106b)} Da das "Verschulden gegen sich selbst" aber keine Rechtswidrigkeit voraussetze, liege es nahe, die - von der Wertung her gesehen - gleichartige Erscheinung der haftungsbegründenden Fahrlässigkeit als Verschulden im traditionellen Sinne und nicht als ein Merkmal der Rechtswidrigkeit aufzufassen. ^{106c)}

Diese Darstellung der bisherigen Lehre mag genügen, um zu verdeutlichen, von welchen Prämissen sie ausgeht, wie aber auch innerhalb ihres weitgesteckten Rahmens um praktikable Lösungen und brauchbare Ergänzungen gerungen wird. Der Weg von ihr zu den 'Modernisten' führt über eine Fahrlässigkeitsauffassung, die man als 'Doppelfunktionstheorie' bezeichnen kann.

2. Ihre Hauptvertreter sind der BGH ¹⁰⁷⁾ und Esser ¹⁰⁸⁾. Nur vereinzelt haben sich ihr andere Schriftsteller angeschlossen. ¹⁰⁹⁾ Dennoch kann sie wegen

105) vgl. Stoll in AcP 162, 203 ff 209 f; Zeuner in JZ 66, 1 ff 5; Deutsch in NJW 66, 1257.

105a) Stoll a. a. O. S. 210

106) JZ 66, 1 ff

106a) JZ 66, 2

106b) JZ 66, 4

106c) JZ 66, 5

107) grundlegend BGHZ 24, 21 ff

108) Schuldrecht, hier zitiert nach dem Vorabdruck in Karlsruher Forum 1959, 15 ff 17 f

109) Etwa Lorenz (JZ 61, 433 ff 436 f), der aber meint, in der Sache gehe es beim verkehrsrichtigen Verhalten nicht um einen Rechtfertigungsgrund, sondern um den Begriff der Rechtswidrigkeit überhaupt (S. 435)

ihrer Bedeutung für die Rechtsprechung ¹¹⁰⁾ nicht völlig vernachlässigt werden. Der BGH hat sich bei der Behandlung der anstehenden Fragen auf das Gebiet des Straßenverkehrsrechts beschränkt. ¹¹¹⁾ Dem "verkehrsrichtigen Verhalten", einem Handeln also, bei dem der Täter (Schädiger) die für den Straßenverkehr aufgestellten Ge- und Verbote beobachtet hat, mißt das Gericht die Bedeutung eines Rechtfertigungsgrundes bei. ^{111a)} Dessen Vorliegen hat nach den allgemeinen Regeln derjenige zu beweisen, der sich auf ihn beruft. ^{111a)} Mißlingt dieser Beweis, so wird die Rechtswidrigkeit des Verhaltens vermutet, das nunmehr auf seine Schuldhaftigkeit hin geprüft wird. ^{111a)} Dabei verkennt der Große Senat nicht, daß es auch im Rahmen des § 276 I, 2 BGB in der Hauptsache darauf ankommt, ob die Verhaltensvorschriften der Verkehrsordnung eingehalten worden sind. Er findet sich indessen mit der Bemerkung ab: "Daß die nämliche Frage des verkehrsrichtigen Verhaltens auf dem Gebiet der Rechtswidrigkeit und dem Gebiet der Schuld Bedeutung gewinnen kann, ist bedingt durch die Fassung und rechtliche Einordnung des Fahrlässigkeitsbegriffs, wie sie dem Bürgerlichen Gesetzbuch zugrunde liegen", ¹¹²⁾ Esser hat diese Lehre verfeinert und zugleich von der Begrenzung auf das Gebiet des Straßenverkehrs gelöst. Nach ihm wird die unvorsätzliche Handlung "weder durch den bloßen Schadenerfolg noch durch den Schuldvorwurf der 'Fahrlässigkeit' rechtswidrig, sondern erst ¹¹³⁾ durch die Pflichtwidrigkeit". ¹¹⁴⁾ Dabei ergibt sich die Verhaltenspflicht aus der Formel des § 276 I 2 BGB. Von dem generellen Sorgfaltsgebot trennt Esser die Verantwortlichkeit im konkreten Falle. Sie wird mit dem Urteil der Fahrlässigkeit erst begründet, "wenn feststeht, daß ein erfahrener und gewissenhafter Mann in der betreffenden Lage bei Anwendung dieses normativen Sorgfaltsmaßstabes die Folgen seines Handelns hätte vorhersehen und die Maßnahmen, die sich dem rückblickenden Urteil als objektiv 'erforderlich' darstellen, zur Zeit und unter den Bedingungen seines Handelns nicht nur als solche hätte er-

110) die darauf gründet, daß mit dem GZS des BGH sich immerhin die höchste Instanz unserer zivilistischen Praxis diesen Thesen verschrieben hat. Der Entscheidung in BGHZ 24, 21 ff sind u. a. gefolgt: BGH VersR 57, 519 f und 57, 656 (Fall des Plenarbeschlusses); Verw. Rspr. 10, 699 N^o 173, OLG Frankfurt VersR 58, 709

111) Die vom GZS entwickelten Grundsätze sind nach der Auffassung des Hans-OLG Hamburg auch für den Verkehr auf Wasserstraßen maßgebend (MDR 65, 837).

111a) BGHZ 24, 21 ff 28

112) BGHZ 24, 28 unten

113) Das Wörtchen 'erst' verwirrt hier, weil auch nach Esser die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens sicherlich nicht nach dem Schuldurteil festgestellt wird.

114) Esser, a. a. O., S. 17 I. Sp. unter II 3a

kennen, sondern auch hätte durchführen können." ¹¹⁵⁾ Esser spricht hier von einer "Verschleifung von Unrechts- und Schuldurteil" ¹¹⁶⁾, die er auf die auch schon vom BGH erwähnte ¹¹⁷⁾ 'Doppelfunktion' des § 276 BGB zurückführt. ¹¹⁶⁾

Sowenig wie die h.L. diese Thesen billigt und die Formel des § 276 I 2 BGB vollständig zur Begründung des zivilrechtlichen Schuldurteils aufbraucht, sowenig bekennen sich die 'Modernisten' zu dieser "Doppelfunktionslehre". Sie nehmen vielmehr die Fahrlässigkeit ¹¹⁸⁾ vollkommen aus der Verschuldensstufe des unvorzätlichen Delikts im Privatrecht heraus. Der Streit in den eigenen Reihen geht vielmehr darum, ob die objektive Sorgfaltsverletzung auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zu berücksichtigen sei oder ein Tatbestandsmerkmal ¹¹⁹⁾ darstelle. Ferner: ob die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt dem Handelnden vorwerfbar sein müsse oder nicht.

3. a) Man kann diejenigen, die der Sorgfaltswidrigkeit einen Platz bei der Widerrechtlichkeit fahrlässigen Verhaltens anweisen, ¹²⁰⁾ als die 'gemäßigten Modernisten' bezeichnen ¹²¹⁾ im Gegensatz zu der Richtung, die noch darüber hinausgeht. ¹²²⁾ Die Lehre, daß der objektive Sorgfaltsvorstoß zum Unrecht der Tat gehöre, ist durchaus keine Erfindung der neuesten Zeit und sicherlich nicht erst ein "Produkt der Finalisten" ¹²³⁾. Schon Exner gibt zu bedenken, daß es bei der zivilistischen Fahrlässigkeit weniger um die Qualität des Handelnden als

115) a. a. O., S. 17 r. Sp. unter II 3 c

116) a. a. O., S. 17 r. Sp. unter II 3 b; ähnlich Löwisch in AcP 165, 421 ff 427

117) s. Anm. 112. Baumann (MDR 57, 646 ff) folgt dieser Auffassung. Er hält die Doppelfunktion einer Tatsache oder einer Bewertung für nicht außerordentlich. Dabei weist er auf die Notwehrsituation hin, in der die Abwehrhandlung gegenüber dem Angreifer gerechtfertigt, gegenüber einem unbeteiligten Dritten aber allenfalls entschuldbar sei (derselbe ebenso in JZ 62, 41 ff 47)

118) so wie sie ihre Begriffsbestimmung in § 276 I 2 BGB gefunden hat

119) Eine Entwicklung, von der Weitnauer (NJW 62; 1190, 1191) meint, sie sei "fast tragisch" zu nennen.

120) s. die Angaben Anm. 148 u. 149

121) gleich, ob sie in der Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt einen Rechtfertigungsgrund sehen oder mit der Sorgfaltsverletzung die Rechtswidrigkeit überhaupt erst entstehen lassen

122) s. u. Anm. 151 - 154

123) richtig Wiethölter, a. a. O., S. 25

die der Handlung gehe, und fragt dann, ob es terminologisch sinnvoll sei, hier noch von Schuld zu sprechen. ¹²⁴⁾ Geradezu modern muten dann seine ¹²⁵⁾ Sätze an: "Wer tut, was der Verkehr erfordert, ist schon deshalb von jeder Verantwortung frei, wenn auch sein Tun mit gewissen Gefahren verknüpft ist, die er wohl erkennt oder zu erkennen imstande ist. Es handelt sich um ein Problem der Rechtswidrigkeit, mit dem der Schuld in diesem Punkte untrennbar verknüpft." ¹²⁶⁾ ¹²⁷⁾

Karl Wolff gelangt von der Erwägung her, man könne die im Verkehr erforderliche Sorgfalt auch vorsätzlich außer acht lassen, zu dem Ergebnis, daß diese dann etwas anderes bezeichnen müsse als das Verschulden, und meint "das Unterlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gehört überhaupt in das Gebiet der Interessenabwägung, also der Rechtswidrigkeit, und nicht in das der Schuld." ¹²⁸⁾ In seinen, allerdings für das Strafrecht angestellten Untersuchungen aus den Jahren 1930 und 1931 ¹²⁹⁾ erkennt Engisch in der objektiven Pflichtverletzung ein Unrechtselement. ¹³⁰⁾ ¹³¹⁾ Heute sind es besonders Nipperdey ¹³²⁾ und Niese ¹³³⁾, die in der objektiven Fahrlässigkeit ein Merkmal der Rechtswidrigkeit der unvorsätzlichen Tat sehen. In seinem berühmt gewordenen Aufsatz 'Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht' ¹³⁴⁾ stellt Nipperdey den Satz auf, "ein Verhalten, das den Anforderungen der Regeln

124) Wesen der Fahrlässigkeit, S. 108

125) allerdings für das Strafrecht aufgestellten

126) Wesen der Fahrlässigkeit, S. 193, auch S. 194 ff

127) Auf den ersten Blick will es scheinen, als könne Exner als Vorläufer der zu II 2 behandelten 'Doppelfunktionslehre' angesehen werden. Dabei darf man aber nicht übersehen, daß er die Schuld im Sinne echter, d.h. individueller Vorwerfbarkeit auffaßt, was Esser und der BGH nicht tun.

128) Verbotenes Verhalten, S. 221, desgl. S. 232

129) Vorsatz und Fahrlässigkeit, sowie Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände.

130) Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 278 ff, 344 f (hier sogar als Tatbestandsmerkmal!); Kausalität, S. 53 ff; vgl. auch in Unrechtstatbestand, S. 417 ff, 428 f

131) Die in Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 48 ausgedrückten Gedanken kommen der Lehre Essers nahe.

132) s. unten Anm. 149

133) s. unten Anm. 149

134) NJW 57, 1777 ff

des Gemeinschaftslebens gerecht werde¹³⁵⁾ und dennoch ein anerkanntes Rechtsgut verletzt habe, sei trotz der Rechtsgutsverletzung nicht rechtswidrig." 136) Er meint, die Begriffe 'sozialadäquates' oder 'verkehrsrichtiges' Verhalten deckten sich mit dem Begriff der 'im Verkehr erforderlichen Sorgfalt'. 136) Desgleichen betont Niese, daß bei Fahrlässigkeitsdelikten - und zwar auch im Zivilrecht - die Rechtswidrigkeit nicht durch die Erfolgsverursachung als solche begründet werde.¹³⁷⁾ Nipperdey befaßt sich auch mit dem Institut des absoluten Rechts, dem bei der älteren Theorie eine zentrale Bedeutung zukommt. 138) Er sieht dessen Eigenart nicht in dem von der Erfolgsunrechtslehre behaupteten generellen Schutz, sondern vielmehr allein in der Wirkung gegenüber Jedermann. Die Absolutheit ergebe sich aus der "Antithese zu dem relativen, nur zwischen bestimmten oder bestimmbar Personen wirkenden Recht." 139) Er erläutert dann seine Auffassung am Beispiel der §§ 22 ff KUG. Das sogenannte 'Recht am eigenen Bilde' sei zwar anerkanntermaßen ein absolutes Recht, nicht hingegen ein 'generelles', da es durch einen ganzen Katalog zulässiger Eingriffe in seinem Schutzbereich eingeschränkt sei.¹⁴⁰⁾ Zu der Argumentation, die von der Notwehr und den negatorischen Ansprüchen her geleitet wird,¹⁴¹⁾ bemerkt Nipperdey¹⁴²⁾, daß die Formel des § 227 II BGB auch für die h. L. zu eng sei. Notwehr müsse auch dann zulässig sein, wenn die Gefahr zwar von einem Menschen herrühre, es aber an einer Handlung fehle. Es komme, wie das denn auch in § 1004 BGB zum Ausdruck gelangt sei,¹⁴³⁾ darauf an, ob der Eingriff bzw. die Beeinträchtigung geduldet werden müsse.¹⁴⁴⁾ Dem Wortlaut des § 858 I BGB mißt er, da hier die Probleme gleichgelagert seien, keine Bedeutung bei. 145) 146)

135) s. oben Anm. 70

136) NJW 57, 1777 ff 1779

137) JZ 56, 457 ff 460, 461

138) s. oben II 1

139) Enneccerus-Nipperdey, Bd. I S. 433, 435; aufschlußreich für die Unterscheidung zwischen absolutem u. relativem Recht sind die Bemerkungen von Boehmer, Einführung, S. 301 ff

140) a. a. O., S. 434 f, wo er ferner das Nachbarrecht als Einfallstor in das Eigentum anführt

141) vgl. oben Anm. 71-73

142) Enneccerus-Nipperdey, S. 1296 ff, auch S. 1285 Anm. 29

143) a. a. O., S. 1298 oben

144) für das Strafrecht schon Schaffstein MDR 51, 196 ff, 199

145) a. a. O., S. 1298 Anm. 88

146) Wenn Nipperdey (a. a. O., S. 1296) folgerichtig Notwehr gegenüber verkehrsrichtigem Verhalten zuläßt, so ist das nicht recht in Einklang zu bringen

Nicht einig sind sich die 'gemäßigten Modernisten' in der Frage, ob nun die Sorgfaltsanwendung (Verkehrsrichtigkeit) rechtfertigend wirke oder die Rechtswidrigkeit gar nicht erst aufkommen lasse. ¹⁴⁷⁾ Einige ¹⁴⁸⁾ sind hier dem Plenarbeschuß des BGH gefolgt und nehmen einen 'Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens' an. Die meisten aber sind jetzt der Ansicht, dieser Tatbestand passe in die klassische Vorstellung von den Rechtfertigungsgründen nicht hinein, es gehe vielmehr um die Unrechtsbegründung bei der vorsatzlosen Tat. ¹⁴⁹⁾ ¹⁵⁰⁾

Fortsetzung der Fußnote 146)

gen mit seinen Ausführungen (S. 1451), wonach gegenüber sozialadäquatem Tun keine Notwehr stattfindet. Immerhin hat er doch in NJW 57, 1777 ff 1779 die Sozialadäquanz der Verkehrsrichtigkeit ausdrücklich gleichgestellt. Auf diesen Widerspruch weist besonders Rud. Schmidt hin (NJW 60, 1706 Anm. 5). Er kann nur so aufgehoben werden, daß man annimmt, Nipperdey habe bei seinen Bemerkungen S. 1451 solche Beeinträchtigungen im Auge gehabt, die von der allgemeinen Verkehrsanschauung gar nicht mehr als solche, mithin nicht einmal als tatbestandsgemäß, angesehen werden.

147) vgl. hierzu schon oben I S. 4

148) Wieacker JZ 57, 535 ff 537; Haase NJW 57, 1315; Nipperdey NJW 57, 1777 ff 1779; Fabricius AcP 160, 273 ff 296; Reh binder, a. a. O., S. 114 f; Oehler, Zweckmoment, S. 75 (allerdings mit der Beschränkung auf unvermeidbare Schädigungen); Soergel-Siebert-Schröder, Anm. 64 zu § 823 BGB; Haager in RGR-Kommentar, Anm. 43 zu § 823 BGB

149) Niese JZ 56, 457 ff; derselbe in Finalität, S. 60 f sowie in Streik und Strafrecht, S. 30 f; Zippelius NJW 57, 170 f u. AcP 157, 390 ff 396 f; Dahm, a. a. O., S. 528; Engisch in Unrechtstatbestand, S. 419; jetzt wohl auch Nipperdey in Karlsruher Forum 1959, 7, wenn er schreibt: "Erst wenn beide Voraussetzungen (Rechtsgutverletzung und vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten) gegeben sind, kann man davon sprechen, daß die Rechtswidrigkeit indiziert werde, so daß nur noch zu prüfen ist, ob ein besonderer Rechtfertigungsgrund eingreift, der die Rechtswidrigkeit ausschließt." S. aber denselben auch in Enneccerus-Nipperdey, S. 1313

150) Auch der BGH scheint jetzt von der Konstruktion eines Rechtfertigungsgrundes des verkehrsrichtigen Verhaltens abgegangen zu sein; vgl. NJW 62, 484 f = BGHZ 36, 237 ff (Laternengaragenfall); desgl. OLG Celle VersR 58, 40 f; für das Strafrecht OLG Köln NJW 63, 2381, 2382 mit guten Formulierungen.

b) Über diese Erkenntnisse sind einige Anhänger der neuen Fahrlässigkeitslehre noch hinausgegangen. Welzel¹⁵¹⁾ und Wiethölter¹⁵²⁾ sehen in der Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ein Tatbestandsproblem.¹⁵³⁾ Für sie ist ein verkehrsrichtiges (sorgfältiges) Verhalten nicht einmal tatbestandsmäßig.¹⁵⁴⁾ Beide kommen dabei von der Figur der unechten Unterlassung¹⁵⁵⁾ her. Wie dort die Garantenstellung das "Leitbild für die tatbestandsergänzende Umschreibung des Täterkreises"¹⁵⁶⁾ sei, so hier bei der fahrlässigen Handlung die "im Verkehr erforderliche Sorgfalt." Wiethölter schreibt, die Fahrlässigkeit sei "per definitionem nicht Tun, sondern Unterlassen", und folgert daraus, die Strukturparallele zwischen Fahrlässigkeit und Unterlassung liege damit auf der Hand.¹⁵⁷⁾ Nach einem Vergleich beider Deliktsformen gelangt er zu dem Schluß¹⁵⁸⁾: 'So wie nun bei der Unterlassungstat der Tatbestand der Erfolgsabwendung, weil nicht vertyppt, erst zu schaffen ist, so auch bei jeder Fahrlässigkeitstat. Die wesentlichen Aufbauelemente für den Tatbestand sind dabei das Tun (seine Gefährlichkeit) und rechtliches Sollen. Dieser Sollensmaßstab ist aber nichts anderes als die verkehrserforderliche Sorgfalt; ist der Tatbestand erstellt und im Einzelfall übertreten, so nennt man das Ergebnis bei Fahrlässigkeitsdelikten 'Sorgfaltsverletzung', 'Fahrlässigkeit', so wie man das Ergebnis der Tatbestandsmäßigkeit bei Unterlassungsdelikten 'Garantenpflicht', 'Rechtspflicht zum Handeln' nennt.'¹⁵⁹⁾ Welzel verwendet darüberhinaus für die

151) Strafrecht, S. 117; Verkehrsdelikte, S. 15, 21

152) a. a. O., S. 41

153) Das tut auch von Caemmerer (Wandlungen, S. 78 Anm. 118), dessen Lehre aber im übrigen so erheblich von derjenigen Welzels und Wiethölters abweicht, daß sie gesondert zu berücksichtigen ist, s. u. II 3 c.

154) Ebenso Dunz (NJW 60, 507 ff 510), der meint, man müsse sich bei der Beurteilung von Verkehrssachen bewußt bleiben, "daß es bei gänzlich verkehrsrichtigem Verhalten" des Schädigers schon "an der Adäquanz (richtiger = an einer tatbestandsmäßigen Handlung überhaupt) fehle; vgl. auch Rehbinders, a. a. O., S. 114. Kritisch dazu Kienapfel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, S. 17 f.

155) Zum unechten Unterlassungsdelikt ausführlich Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte, S. 252 ff

156) Welzel, Verkehrsdelikte, S. 15

157) a. a. O., S. 38

158) a. a. O., S. 40/1

159) auf die Nähe der fahrlässigen Handlung zum unechten Unterlassungsdelikt weisen auch Niese, Finalität, S. 62 und Hall, Fahrlässigkeit im Vorsatz, S. 22 f hin. Hall betont wie Wiethölter die Verwandtschaft von Garanten- und Sorgfaltspflicht; vgl. auch H. R. Horn, Struktur der Rechtswidrigkeit, S. 86; ebenso schon Exner, Wesen der Fahrlässigkeit, S. 79, 83

Einordnung der objektiven Fahrlässigkeit den Gedanken der 'sozialen Adäquanz'.¹⁶⁰⁾ Über die Gleichstellung der Prädikate 'verkehrsnormal' und 'sozialadäquat'¹⁶¹⁾ kommt er zu dem Schluß, eine trotz Anwendung der erforderlichen Sorgfalt eingetretene Verletzung könne in unserer sozialen Ordnung nicht als Unrecht betrachtet werden; sie sei Unglück.¹⁶²⁾ Von dieser Konstruktion aus ist es verständlich, daß die 'extremen Modernisten' die Pflichterfüllung gemäß § 276 I 2 BGB nicht etwa als Tatbestandsausschließungsgrund ansehen, sondern den Sorgfaltsverstoß als den Tatbestand begründendes Merkmal kennzeichnen.¹⁶³⁾ Ebenso wie die 'gemäßigten' Vertreter der Handlungsunrechtslehre lassen Welzel und Wiethölter gegenüber sorgfältigem, also tatbestandslosem Verhalten Notwehr sowie die negatorischen Ansprüche zu.¹⁶⁴⁾ Wiethölter stützt sich hierbei allerdings nicht auf das Argument, es komme gar nicht auf die Widerrechtlichkeit des Eingriffs an, sondern auf die Duldungspflicht des Betroffenen. Er sagt, in den §§ 858, 1004 BGB sei nicht die Rechtswidrigkeit gemeint, "sondern zivilrechtliches Unrecht, eine zivilrechtliche Normmaterie". Es gehe lediglich um eine "Vorverlegung der Verteidigungslinie in der Rechtsordnung".¹⁶⁵⁾

c) Von diesen Thesen weicht die Auffassung von Caemmerers in einigen wesentlichen Punkten ab. Zunächst schält er aus dem Bereich der fahrlässigen Handlungen eine Gruppe heraus und weist ihr eine Sonderstellung zu. Er spricht in diesem Rahmen von "unmittelbaren" Eingriffen in fremde Rechte und meint damit solche, bei denen der Schädiger zwar ohne Vorsatz, gleichwohl aber final gehandelt hat.¹⁶⁶⁾ Solche Handlungen seien kraft des Zuweisungsgehalts des verletzten Rechts dessen Inhaber allein vorbehalten.¹⁶⁷⁾ Nur diesem ge-

160) dessen Brauchbarkeit für die Lösung des Problems Wiethölter entschieden verneint, a. a. O., S. 56 f.

161) Strafrecht, S. 115

162) Strafrecht, S. 117; ebenso Wiethölter, a. a. O., S. 35, 56; von Caemmerer, Wandlungen, S. 135 u. in Karlsruher Forum 1961, 21; ebenso Niese, Streik- und Strafrecht, S. 31

163) von Caemmerer, Wandlungen, S. 134 u. Karlsruher Forum 1961, 22; Wiethölter, a. a. O., S. 11, 57; Welzel, Verkehrsdelikte, S. 23

164) Welzel, a. a. O., S. 27 ff; Wiethölter, a. a. O., S. 53 ff, der allerdings (S. 54) darauf hinweist, man solle die praktische Notwehrmöglichkeit gegenüber unvorsätzlichem Handeln nicht überschätzen.

165) a. a. O., S. 55

166) Wandlungen, S. 77

167) Karlsruher Forum, 1961, 19

bühre das "uti, frui, abuti". ¹⁶⁸⁾ "Das Umpflügen eines fremden Ackers, das Fahren über ein fremdes Grundstück, das Abernten eines fremden Kirschbaums, das Verheizen fremden Heizöls oder das Fahren mit einem fremden Auto ist rechtswidrig, wenn dem Täter nicht ein Rechtfertigungsgrund zur Seite stand." ¹⁶⁹⁾ Entgegen früherer Vorstellungen ¹⁷⁰⁾ beschränkt von Caemmerer seine Lehre nunmehr auf Herrschaftsrechte. Anders als beim Eigentum oder bei den sonstigen absoluten Rechten könne man bei den sogenannten Rechtsgütern "nicht von einem Bereich von Handlungen der Nutzung und Rechtsausübung sprechen, die allein dem Rechtsinhaber und seiner Disposition zugewiesen wären, so daß die Vornahme solcher Handlungen durch Dritte als ihnen nicht zustehend ipso iure rechtswidrig wäre." ¹⁷¹⁾

Auch in der Frage nach der Zulässigkeit von Notwehr sowie der 'actiones negatoriae bzw. quasinegatoriae' geht von Caemmerer eigene Wege. Er meint, ¹⁷²⁾ daß eine Rechtsordnung, die, wie unsere, sorgfältiges Verhalten für rechtmäßig erkläre und damit feststelle, daß es in entsprechender Lage wiederholt werden dürfe, auch entscheiden müsse, daß Dritte ein solches Handeln hinzunehmen hätten. Hier könnten allenfalls Notstandsgesichtspunkte in Betracht kommen. ¹⁷²⁾ Wie die Notwehrbefugnis knüpft von Caemmerer auch den Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB an rechtswidriges Handeln. ¹⁷²⁾ Wer weitergehe, löse diese Verbindung, wobei er allerdings die Tatsache für sich buchen könne, daß auch bei der 'rei vindicatio' die Haftung des in Anspruch Genommenen von einem widerrechtlichen Verhalten nicht abhängt. ¹⁷³⁾

d) Wie innerhalb der älteren Lehre ¹⁷⁴⁾ gibt es bei den 'Modernisten' eine Richtung, die auch im Zivilrecht für die Deliktshaftung gemäß §§ 823 ff BGB den objektiven Sorgfaltsverstoß nicht genügen läßt, sondern Vorwerfbarkeit des pflichtwidrigen Verhaltens verlangt. Es sind vor allem Nipperdey und wiederum von Caemmerer zu nennen. Jener argumentiert besonders von den Vorschriften der §§ 827, 828 BGB her, denen er entnimmt, daß das Gesetz auch für fahrlässige Handlungen von einem individuell vorwerfbaren Verhalten ausgehe. ¹⁷⁵⁾ Im

168) Bereicherung, S. 353; Wandlungen, S. 131

169) wie Anm. 167; vgl. auch die Beispiele in Wandlungen, S. 131/132

170) Wandlungen, S. 131 f

171) Karlsruher Forum 1961, 21

172) a. a. O., S. 23

173) a. a. O., S. 24 I. Sp. unten

174) vgl. oben II 1 u. Anm. 77

175) NJW 57, 1777 ff 1781; Karlsruher Forum 1959, 8

übrigen werde die Gegenmeinung zu "willkürlichen und prinzipienlosen Ausnahmen" gezwungen, die mit dem "Scheinargument der 'typisierten Fahrlässigkeit' verbrämt" würden. ¹⁷⁶⁾ Schließlich beruft sich Nipperdey auf unsere verfassungsrechtlichen Grundvorstellungen, indem er formuliert: "Die Rechtsordnung eines freiheitlichen Rechtsstaates, der die Würde und die Entfaltungsfreiheit des Einzelnen zu den obersten Werten der Gemeinschaft zählt, geht davon aus, daß dem Appell an den Menschen, verantwortlich zu handeln, entscheidende Bedeutung für den Bestand der Ordnung des Zusammenlebens zukommt. Es wäre unbillig und ungerecht, wenn der Minderbegabte, körperlich Schwache usw., wenn er - ohne daß ihm dies persönlich vorgeworfen werden kann - in die Lage gekommen ist, eine Handlung vorzunehmen, trotz Anspannung seiner besten Kräfte lediglich wegen seiner geistigen und körperlichen Mängel, an denen er ohnehin genug leidet, für haftbar erklärt würde." ¹⁷⁷⁾ Dem pflichtet von Caemmerer bei ¹⁷⁸⁾, der aber verschiedene Fallgruppen unterscheidet. ¹⁷⁹⁾

4. Eine Wiedergabe des bisherigen Streitstandes in der Diskussion um die Einordnung der objektiven Fahrlässigkeit müßte - auch wenn sie nicht darauf angelegt ist, alle Einzelheiten zu bringen - unvollständig bleiben, würden nicht auch die bemerkenswerten Versuche von Claus berücksichtigt, zwischen den gegensätzlichen Auffassungen der älteren und der modernen Lehre zu vermitteln. ¹⁸⁰⁾ Claus geht von der These aus, daß auch wer sich verkehrsrichtig verhalte, verletze und töte. ¹⁸¹⁾ Trotz dieser negativen Erfolge gelte es aber, das Handeln selbst zu bewerten. Das Urteil hänge von der Erkenntnis dessen ab, was der Gesetzgeber dem Täter abverlange. Claus begibt sich dann bei seinen Untersuchungen ¹⁸²⁾ zunächst auf das Gebiet des Straßenverkehrsrechts und stellt fest, die Rechtsordnung mute dem Kraftfahrer nicht nur die Einhaltung der objektiven, durch die Verkehrsvorschriften umrissenen Sorgfalt zu. Aus § 7 II StVG folge vielmehr eindeutig, daß dieser gehalten sei, "äußerste, noch zumutbare Sorgfalt" ¹⁸³⁾ zu üben. Unter Berufung auf die Entscheidung der Vereinigten Großen Senate des BGH in NJW 61, 1958 ff meint er, der Verkehr werde durch die Forderung

¹⁷⁶⁾ Enneccerus-Nipperdey, S. 1323

¹⁷⁷⁾ a. a. O., S. 1324

¹⁷⁸⁾ Karlsruher Forum 1961, 25 Anm. 42

¹⁷⁹⁾ wegen der Einzelheiten a. a. O., S. 26 f

¹⁸⁰⁾ s. o. Anm. 24

¹⁸¹⁾ MDR 61; 905, 906

¹⁸²⁾ NJW 62; 1708, 1709 u. VersR 63; 996, 997

¹⁸³⁾ NJW 62, 1708 f u. VersR 63, 996 ff 998

außerster Sorgfalt auch keineswegs lahmgelegt. ¹⁸⁴⁾ Wer diese nicht erbringe, handle rechtswidrig, wer ihr nachkomme, rechtmäßig, auch wenn andere dabei verletzt würden. ¹⁸⁵⁾ Clauß empfiehlt schließlich die entsprechende Anwendung des § 7 II StVG über den Bereich des Verkehrsrechts hinaus. Seiner Ansicht nach enthält diese Bestimmung einen allgemeinen Rechtsgedanken, ¹⁸⁶⁾ der die Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang ergänze bzw. abwandle. ¹⁸⁷⁾

5. Mit diesen Bemerkungen von Clauß ¹⁸⁸⁾ ist der Kreis der hauptsächlichen Stellungnahmen zu den anstehenden Fragen geschlossen. Die Rechtsprechung des BAG von der 'nicht schweren Schuld' ¹⁸⁹⁾ konnte in diesem Zusammenhang vernachlässigt werden. Der Große Senat des BAG hat in seinem bekannten Beschluß vom 25.9.1957 ausdrücklich erklärt, er habe es angesichts der noch offenen Frage, ob nicht die Formel des § 276 I 2 BGB die Rechtswidrigkeit unvorsätzlichen Verhaltens definiere, vorgezogen, "den unverbrauchten und den Rechtsgenossen verständlichen subjektiv getönten Ausdruck der 'nicht schweren Schuld' zu wählen." ¹⁸⁹⁾ Damit steht fest, daß das Gericht nicht selbst in die Diskussion um den zivilistischen Fahrlässigkeitsbegriff eingreifen wollte.

6. Bei aller Verschiedenheit in der Grundauffassung sind sich die Teilnehmer an dem Meinungsstreit doch in einem Punkte im wesentlichen einig: in der Behandlung der Rechtfertigungsgründe im Rahmen der fahrlässigen Handlung. Es wird allgemein behauptet, daß man sich auch bei unvorsätzlicher Tat auf das Gegebensein einer die Widerrechtlichkeit ausschließenden Lage berufen könne. ¹⁹⁰⁾

184) NJW 62; 1708, 1709

185) NJW 62, 1708 ff 1710, VersR 63; 996, 997. Dieser Lehre kommt Oehler (Zweckmoment, a. a. O., S. 74 f) nahe, wenn er es ablehnt, den objektiven Sorgfaltsverstoß in den Unrechtstatbestand einzubeziehen, bei 'unvermeidlichen' Schädigungen jedoch einen besonderen Rechtfertigungsgrund annimmt.

186) NJW 62, 1708 ff 1710

187) VersR 63, 996 ff 999

188) ähnlich, wenngleich differenzierter, äußert sich Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 247 ff. u. 348

189) Grundlegend BAGE 5, 1 ff 18; dazu die Bemerkungen von Reimer Schmid in MDR 58, 193 ff

190) Welzel, Verkehrsdelikte, S. 23 kann hier mit gutem Recht feststellen, daß darüber grundsätzliche Meinungsverschiedenheiten nicht beständen.

Bei der älteren Lehre¹⁹¹⁾ ist das nicht verwunderlich. Sie erkennt in der Fahrlässigkeit ein Merkmal der Schuld. Demzufolge behandelt sie bis zu dieser Stufe im Deliktsaufbau vorsätzliche und fahrlässige Handlungen gleich. Der Tatsache, daß diese beiden Verhaltensformen im Hinblick auf ihre Finalität erhebliche Strukturunterschiede aufweisen, mißt sie keine Bedeutung bei.¹⁹²⁾ Geradezu zwingend erscheint die Vorstellung, daß auch bei Fahrlässigkeit Rechtfertigung möglich sei, in der Auffassung der 'extremen Modernisten'.¹⁹³⁾ Indem sie den Sorgfaltsverstoß der Ebene des Tatbestandes zuweisen, bringen sie ihn dort unter, wo nach ihrer Ansicht auch der Vorsatz seinen Platz hat.¹⁹⁴⁾ Es ist nur folgerichtig, wenn Welzel¹⁹⁵⁾ und Wiethölter¹⁹⁶⁾ nach dieser 'lokalen Gleichstellung' auch im übrigen zu einer Gleichbehandlung kommen und behaupten, daß sich hinsichtlich der Rechtswidrigkeit und der Rechtfertigung keine Abweichungen ergaben. Widersprüchlich aber mutet diese Anschauung bei den "gemäßigten Modernisten" an.¹⁹⁷⁾ Es ist bezeichnend, daß Welzel, solange er dieser Richtung angehört hat,¹⁹⁸⁾ einen so allgemein gehaltenen Satz nicht aufgestellt hat.¹⁹⁹⁾ Wer die objektive Fahrlässigkeit als ein die Rechtswidrigkeit begründendes Element betrachtet, kann in der Tat schwerlich von ihrer die Widerrechtlichkeit 'indizierenden'²⁰⁰⁾ Funktion sprechen. Mag die Tatbestandsverwirklichung auf die Rechtswidrigkeit hinweisen können; dieser selbst kann diese Aufgabe sicherlich nicht obliegen.

Angesichts dieser Ungereimtheiten dürfte es zweckmäßig sein, der Frage nachzugehen, ob die herkömmlichen Rechtfertigungsgründe auf unvorsätzliches Verhalten anwendbar sind. Diese Untersuchung wird im folgenden Abschnitt stattfinden.

191) soweit sie zu dem Problem überhaupt Stellung nimmt; vgl. etwa Soergel-Siebert-Schröder, Vorbem. 58 vor §§ 823 ff BGB; Haager in RGR-Kommentar, Vorbem. 32 vor §§ 823 ff BGB sowie die Rechtsprechung zum sogenannten 'Handeln auf eigene Gefahr' und zur Einwilligung in Sportverletzungen; für das Strafrecht besonders eingehend Schönke-Schröder, Vorbem. 18, 36 u. 77 vor § 51 StGB u. Anm. 164 ff zu § 59 StGB.

192) s. o. I

193) wenigstens bei Welzel und Wiethölter

194) statt aller Wiethölter, a. a. O., S. 60 mit weiteren Angaben

195) Verkehrsdelikte, S. 23; Strafrecht, S. 120

196) a. a. O., S. 41

197) etwa Nipperdey in Karlsruher Forum 1959, 7 r. Sp.; Niese, Finalität, S. 46 f

198) noch Strafrecht⁶, S. 112 ff; ebenso JZ 56, 316 ff

199) Er spricht davon, daß die Sorgfaltsverletzungen nur "ausnahmsweise" einmal rechtmäßig sein können und längst nicht in allen objektiven Rechtfertigungssituationen, Strafrecht⁶, S. 117

200) so aber Nipperdey; vgl. Anm. 197

III. DIE RECHTFERTIGUNG BEI UNVORSÄTZLICHEM VERHALTEN

Die Rechtfertigungsgründe beruhen auf besonderen Ausnahmetatbeständen, "die entweder dem Handelnden ein Recht zum Eingriff in ein fremdes Rechtsgut geben oder jedenfalls erkennen lassen, daß ein solcher Eingriff nicht mißbilligt wird." (191) Es handelt sich dabei zumeist um Konfliktsituationen, die von der generellen Geboten- oder Verbotsnorm nicht erfaßt werden sollen. (201a) Der Katalog der Rechtfertigungsgründe ist nicht ein für allemal vorgezeichnet und abgeschlossen. Es steht dem Gesetzgeber und im Rahmen der Rechtsprechung auch den Gerichten frei, neue Rechtfertigungstatbestände zuzulassen und bereits bekannten die Anerkennung zu entziehen. (202) Die Untersuchung wird sich nicht auf sämtliche der geäußerten Rechtfertigungsgründe erstrecken, sondern, um den Umfang der streitigen Grenzen zu halten, nur die wichtigsten von ihnen behandeln.

Der dem Laien vertrauteste, aber auch dem Juristen bekannteste Rechtfertigungsgrund ist die Notwehr. Eine durch sie gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich. (§ 227 I BGB), und der Gesetzgeber umschreibt sie als "diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden." (§ 227 II BGB). (203) Das Verdikt der Rechts-

(191) vgl. Enneccerus-Nipperdey § 212 S. 1313. Dabei kann die Frage, ob die Rechtfertigungsgründe ein Eingriffsrecht verleihen oder nur eine Befugnis oder Erlaubnis, dahinstehen. Eine praktische Bedeutung kommt der Lösung dieses Scheinproblems nicht zu. Vgl. hierzu Fischer, Rechtswidrigkeit, S. 208 ff und Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 412 ff mit weiteren Nachweisen.

(201a) Enneccerus-Nipperdey aaO.

(202) Über den mißlungenen Versuch der Anerkennung eines Rechtfertigungsgrundes des verkehrsrichtigen Verhaltens s.o. Vorbem. S. 4. Ein Beispiel für die Ausschaltung eines durchaus geläufigen Rechtfertigungsgrundes enthält Art. 29 V der Verfassung des Landes Hessen. Hier wird im unmittelbaren Anschluß an die Anerkennung des Streikrechts der Gewerkschaften die Aussperrung für rechtswidrig erklärt. Diese Bestimmung dürfte angesichts der sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung der Tarifpartner grundgesetzwidrig sein.

(203) vgl. zum Tatbestand der Notwehr, insbesondere zur Abgrenzung der Erforderlichkeit vom Gebotensein die Entscheidung des AG Bensberg in NJW 66, 733 ff mit zust. Anm. von Himmelreich. Die interessanten Ausführungen dürften allerdings, wie Pawlik (NJW 66, 1129) zutreffend bemerkt, im Hinblick auf den dem Rechtsstreit zugrunde gelegenen Sachverhalt kaum notwendig gewesen sein.

widrigkeit ist gleichfalls aufgehoben, falls jemand eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch die drohende Gefahr zu vereiteln (sogenannter Verteidigungsnotstand, § 228 BGB) oder mit ihr einer anderswo herrührenden Gefahr zu begegnen (sogenannter Angriffsnotstand, § 904 BGB). In beiden Fällen ist vorgeschrieben, daß der durch die Einwirkung entstehende Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr und dem hierdurch drohenden Schaden stehen dürfe. Gerechtfertigt ist auch, wer unter den Voraussetzungen des § 229 BGB zur Selbsthilfe schreitet oder, ohne dazu beauftragt oder sonstwie berechtigt zu sein, fremde Geschäfte mit Rücksicht auf den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Betroffenen wahrnimmt (die "negotiorum gestio" der §§ 677 ff BGB). 203a) Einen Sonderfall der Interessenwahrnehmung stellt § 193 StGB dar. Darnach ist die Strafbarkeit bei inhaltlich beleidigenden Äußerungen ausgeschlossen, die zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden. Nach ganz überwiegender Ansicht enthält diese Bestimmung einen Rechtfertigungsgrund. 203b) Das gilt auch für das Waffengebrauchsrecht, das nach landesrechtlichen Vorschriften bestimmten Beamtengruppen bei Ausübung ihres Dienstes unter besonderen Umständen den Gebrauch von Schußwaffen gestattet. 204) Als die wichtigsten Rechtfertigungsgründe des Arbeitsrechts sind der Streik und die Aussperrung in die Betrachtung einzubeziehen. Den Abschluß des hier zu behandelnden Katalogs der Rechtfertigungsgründe soll die Einwilligung bilden. Bei ihr herrscht Streit darüber, ob sie als rechtsgeschäftliche Willenserklärung oder als bloße Willensbetätigung aufzufassen ist und ob ihre Rechtswirksamkeit volle Geschäftsfähigkeit oder etwa nur Deliktsfähigkeit voraussetzt. 205) Dieser Punkt kann indessen vernachlässigt werden. Seine Aufhellung trägt zur Lösung der Frage, ob man sich, ohne vor-

203a) die Herausarbeitung der auftragslosen Geschäftsführung als Rechtfertigungsgrund ist besonders Zitelmann (in AcP 99, 1 ff 104 ff) zu verdanken. Vgl. auch die Nachweise bei Enneccerus-Lehmann, § 231 III 4 S. 932.

203b) vgl. Reh binder a. a. O., S. 17 ff und passim; siehe neuerdings aber Erdsiek (NJW 66, 1385 ff), der Zweifel anmeldet, ob § 193 StGB den Ausschluß der Widerrechtlichkeit bestimmt. Erdsieks Äußerungen stehen unter dem Eindruck der durchaus unbefriedigenden Rechtsprechung des BGH zum zivilrechtlichen Ehrenschatz, die dem Betroffenen praktisch die Beweislast für die Unwahrheit der beleidigenden Äußerungen aufbürdet und diesen damit in vielen Fällen rechtlos stellt (vgl. BGHZ 37, 187 ff).

204) vgl. hierzu Welzel, Strafrecht, § 14 VI

205) Zu diesem Problem allgemein Boehmer in MDR 59, 705 ff sowie neuerdings Rosener, Die Einwilligung in Heileingriffe. Ein Beitrag zur Rechtsgeschäftslehre, Dissertation Berlin 1966. Vgl. ferner Enneccerus-Lehmann § 231 III 3 und BGHZ 29, 33 ff.

satzlich gehandelt zu haben, auf einen Rechtfertigungstatbestand berufen kann, nichts bei.

Dem Laien mag eine Erörterung dieses Problems seltsam und überflüssig vorkommen. Ihm wird die Vorstellung, daß man etwa fahrlässige Notwehr üben oder ohne den entsprechenden Vorsatz fremde Geschäfte führen oder gar unwillentlich jemanden festnehmen könne, nur schwer eingehen. Aber auch der Jurist verbindet diese Tatbestände zunächst sicherlich mit vorsätzlichem Handeln. Weizel hat in seinen 'Studien zum System des Strafrechts' ²⁰⁶⁾ aus dem Jahre 1939 die Frage aufgeworfen, 'ob und inwieweit die sogenannten Rechtfertigungsgründe für Fahrlässigkeitstaten überhaupt in Betracht kommen' ^{206a)}. Er stellt dann fest, daß die im Vordergrund stehenden Tatbestände typisch rechtmäßigen Handelns 'offensichtlich auf vorsätzliches Verhalten zugeschnitten und daher rein finalen Natur' ^{206a)} seien. Diesen Aspekt wird man im Auge behalten müssen. Selbst derjenige, der mit der h. L. unter den Begriffen Vorsatz und Fahrlässigkeit Schuldmerkmale versteht, wird nicht übersehen, daß die beiden Handlungsformen, was die Finalität angeht, erhebliche Strukturunterschiede aufweisen. ²⁰⁷⁾ Der Fahrlässigkeitstäter will den Erfolg gerade nicht, den er herbeiführt, sei es, daß er gar nicht mit ihm rechnet, oder aber, daß er ihn zwar nicht für ausgeschlossen hält, aber doch hofft und erwartet, er werde nicht eintreten. Würde man diesem nun die Berufung auf rechtfertigende Umstände gestatten, so hieße das - genau genommen - ein 'venire contra factum proprium' zu billigen. Dem Verletzenden würde etwas zugute gehalten, was er - möglicherweise sogar ausdrücklich - nicht gewollt hat. Indessen darf es bei diesem auf den ersten Blick überzeugend anmutenden Argument nicht sein Bewenden haben. Von nicht geringerer Durchschlagskraft scheint der von der Gegenseite gemachte Hinweis zu sein, man könne den fahrlässig Handelnden nicht belangen oder ihm Ersatzpflichten aufbürden, die er nicht zu tragen hätte, wäre er vorsätzlich tätig geworden. ²⁰⁸⁾ Von hier aus führt der Weg unmittelbar zu der Frage nach Sinn und Zweck der Rechtfertigungsmöglichkeit. Soll die Widerrechtlichkeit schon entfallen, wenn die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes gegeben sind? ^{208a)} Oder muß der Handelnde sich dieser Lage wenigstens bewußt sein? ^{208b)} Oder muß der Wille des Täters sogar darauf gerichtet sein, aufgrund dieser Umstände vorzugehen? ²⁰⁹⁾ Das sind die Überlegungen, die von den Vertretern der sogenannten 'Lehre von den subjektiven Rechtferti-

206) ZStW 58, 491 ff

206a) a. a. O., S. 564, Anm. 96

207) vgl. schon oben Anm. 18

208) z. B. Cüppers NJW 50, 119; kritisch dazu Rost, a. a. O., S. 1

208a) vgl. die bei Schmitt (JuS 63, 64 ff Anm. 16) Angeführten; dazu noch H. R. Horn, Struktur der Rechtswidrigkeit, S. 90 ff

208b) dazu Niese, Finalität, S. 47

209) so besonders Fischer, vgl. unten Anm. 210 ff

gungselementen' 209a) angestellt worden sind. Ihre Darstellung und Kritik wird zugleich eine Stellungnahme zu den verschiedenen Gegenansichten 209b) enthalten.

1. Für das Zivilrecht ist es besonders Fischer²¹⁰⁾ gewesen, der die subjektive Seite bei der Rechtfertigungshandlung betont hat. Bei Notwehr komme es auf den Zweck, nicht bloß auf den äußeren Tatbestand an. Der Verteidigungszweck müsse dominieren; er heilige die Mittel²¹¹⁾. Für die Selbsthilfe verlangt er, daß der Täter seinen Anspruch kennen müsse, anderenfalls unterfalle seine Handlung wie sonst auch dem mißbilligenden Rechtswidrigkeitsurteil.²¹²⁾ Eindrucksvoll sind Fischers Bemerkungen zur Vorschrift des § 687 BGB.²¹³⁾ Der objektive Tatbestand der Besorgung eines fremden Geschäfts wird seiner Ansicht nach je nach der Gesinnung, mit welcher der Täter die Tat begeht, von der Rechtsordnung dreifach verschieden bewertet: Wenn der Handelnde den Geschäftsführungswillen habe, sei er gerechtfertigt (§ 677 BGB). Fehle ihm dieser, aber nehme er nur irrtümlich an, das Geschäft sei sein eigenes, so könne es immerhin der Schuld ermangeln (§ 687 I BGB). Bei dem sogenannten 'Geschäftsmißbrauch' (§ 687 II BGB) sei die Tat rechtswidrig und schuldhaft. Am Ende seiner glänzenden Schrift²¹⁴⁾ räumt Fischer ein, daß die innere Einstellung des in einer objektiven Rechtfertigungslage Befindlichen nicht leicht nachzuweisen sei, meint aber, kein Richter werde bei klarem Beweis der andersgearteten Absicht Rechtmäßigkeit annehmen.²¹⁵⁾ Diesen Ausführungen ist seither nichts wesentlich Neues hinzugefügt worden. Man hat sich damit begnügt, ihnen zu folgen oder sie abzulehnen. Lediglich Oehler²¹⁶⁾ versucht, neue Wege zu beschreiten. Er lehnt die objektivistische Auffassung ab, nach der es auch bei

209a) vgl. die bei Schmitt, a. a. O., Anm. 14 u. 15 Genannten; desgleichen Fischer, Rechtswidrigkeit, S. 131 ff, 258, 288 u. passim; Rehbinder, a. a. O., S. 30; Schaffstein in MDR 51, 196 ff 199. Zu dieser Lehre eingehend Rost, a. a. O., S. 3 ff

209b) s. Anm. 205 sowie Schmitt, JuS 63, 64 ff

210) Rechtswidrigkeit, S. 131 ff u. ö.

211) a. a. O., S. 138

212) a. a. O., S. 258 Anm. 4

213) a. a. O., S. 288

214) vgl. auch Wiethölter, a. a. O., S. 27 und Engisch, Unrechtstatbestand, S. 402

215) Rechtswidrigkeit, S. 293/4

216) Zweckmoment

den Rechtfertigungsgründen nur auf den rechtlich gebilligten bzw. mißbilligten Erfolg ankommen soll. 217) Damit wird er aber noch nicht zum Anhänger der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen. Bei ihm liegt das Gewicht nicht auf der individuellen Einstellung des Handelnden, sondern darauf, als was die Tat in der Außenwelt darstellt. 218) Nicht der Verteidigungswille begründet bei Notwehr die Rechtfertigung, sondern die durch ihn hervorgebrachte objektive Verteidigungstendenz. 218) Ebenso wenig erzeuge der bloße Wille des Täters, bei übergesetzlichem Notstand der Pflicht zur Abwägung nachzukommen, den Rechtfertigungsgrund. "Die Widerrechtlichkeit werde vielmehr nur durch die objektive Erfüllung jener Pflicht ausgeschlossen. 219) Oehler gibt dann aber zu, daß hinter der Pflichterfüllung ein entsprechender Wille stehen müsse. 219) Als weiteres Beispiel führt er die Zuchtigung des Schülers durch seinen Lehrer an. 220) Hier sei schon an der äußeren Tat erkennbar, ob sie zu Erziehungszwecken vorgenommen werde oder anderen, etwa sadistischen, Motiven entspringe.

Wenn man es genau besehen, so weicht Oehler von der Lehre Fischers nur unerheblich ab. 221) Mit der Verlagerung von der inneren Einstellung auf 'das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung' 222) setzt er allenfalls einige Akzente neu und erleichtert in gewissem Umfange die Beweisführung über die wahren Absichten des Täters. In der Tat läßt die Art und Weise, in der eine Handlung ausgeführt wird, Rückschlüsse auf den ihr zugrunde liegenden Willen zu. Falls Oehler mit seiner Betonung des nach außen in Erscheinung getretenen Rechtfertigungszwecks nachweisen wollte, daß ein entsprechender Wille allein nicht ausreiche, hätte er damit nichts Neues gesagt. Seine Sätze: "Zur Notwehr gehört demnach der Verteidigungszweck der Handlung. Er entsteht zwar aus dem Verteidigungswillen, dieser bildet aber selbst keinen Teil des Rechtfertigungsgrundes. Der Verteidigungswille allein, der sich nicht in einen Handlungszweck umgesetzt hat, ist bedeutungslos." 222a) könnten die Vertreter der Theorie von den subjektiven Unrechtselementen durchaus unterschreiben. Auch für sie ist es selbstverständlich, daß der bloße Rechtfertigungswille den Rechtfertigungszweck nicht ersetzt.

217) erst jüngst H.R. Horn, Struktur der Rechtswidrigkeit, a. a. O., 90 ff

218) Zweckmoment, S. 166

219) a. a. O., S. 171/2

220) a. a. O., S. 170

221) das meint wohl auch Schmitt in JuS 63, 64 ff Anm. 16 a. E.

222) so auch der Titel seiner Arbeit

222a) a. a. O., S. 167

tigungsgrund nicht "erzeugt". 223) Will Oehler aber behaupten, daß es auf diesen überhaupt nicht ankomme, so stehen dem doch Bedenken entgegen. Gerade die Argumentation Fischers anhand der Vorschrift des § 687 BGB 224) beweist, daß sich das eigentliche Vorhaben des Täters durchaus nicht immer in dessen objektivem Verhalten äußert. Ob dieser das Geschäft für den dafür Zuständigen ausführen oder aber eigene Ziele damit verfolgen wollte, wird sich vielfach erst aus dem weiteren - zeitlich möglicherweise sehr viel später liegenden - Vorgehen erkennen lassen. Die eigentliche Handlung kann, sie muß aber nicht die wirkliche Absicht des Handelnden aufdecken. - Ganz anders die objektivistische Anschauung: Sie läßt die innere Einstellung des Handelnden außer Betracht und stellt allein darauf ab, ob der erzielte Erfolg gutgeheißen werden könne. 225) 226) In letzter Konsequenz entscheidet bei dieser Lehre der Zufall darüber, ob ein Verhalten rechtmäßig ist oder nicht. 227) Einige Beispiele mögen das verdeutlichen: H.R. Horn 228) bringt den Fall des Steinwerfers, der mutwillig ein Fenster zerstört und dadurch - ohne das auch nur entfernt zu ahnen - ein Kind, das in dem betreffenden Raum schläft, vor dem Erstickungstod bewahrt, den es sonst infolge übermäßiger Bildung von Ofenrauch unweigerlich erlitten hätte. Soll hier der Täter gerechtfertigt sein, weil die objektiven Voraussetzungen des § 904 BGB vorgelegen haben? Soll er, der Böses will und - rein zufällig - Gutes schafft, dem gleichgestellt werden, der in einer solchen Situation wirklich helfen wollte? Die Frage stellen, heißt, sie verneinen. Man wende nicht ein, das seien rein strafrechtliche Erwägungen. Der Fall braucht nur dahin erweitert zu werden, daß der Täter just in dem Augenblick, in welchem er zum Wurf ansetzt, dabei vom Eigentümer des Hauses ertappt wird. Die Objektivisten müßten diesem die Not-

223) Die Vorstellung, daß der Wille den Rechtfertigungsgrund "erzeugen" könne (Oehler, a. a. O., S. 172), ist im übrigen ungenau. Den Rechtfertigungsgrund verleiht der Gesetzgeber; lediglich, ob er im konkreten Falle eingreift, wird u. a. von der Willensrichtung mitentschieden.

224) s.o. Anm. 213

225) so schon Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 141; für das Zivilrecht jetzt besonders H.R. Horn, Struktur der Rechtswidrigkeit, S. 90 ff

226) Hier tritt gleichsam die 'positive' Seite der Erfolgsunrechtslehre zutage. Begründet einerseits der 'zu mißbilligende' Erfolg die Bewertung der zu ihm hinführenden Handlung als rechtswidrig, so ist es nur folgerichtig, bei einem 'billigenswerten' Ergebnis einer Tat auch diese selbst zu rechtfertigen.

227) Das stellt Oehler, Zweckmoment, S. 168, 173 zutreffend fest.

228) Struktur der Rechtswidrigkeit, S. 91 Anm. 64

wehrbefugnis versagen. Das erscheint nicht tragbar. Die Rechtsordnung darf die Wirksamkeit ihrer Verbote bzw. Erlaubnissätze nicht dem Zufall überlassen. Es ist eine *petitio principii*, mit H.R. Horn²²⁹⁾ zu behaupten, ein Verhalten könne nicht mißbilligt werden, wenn es zu einem wünschenswerten Ergebnis geführt habe. Ebenso wie das Recht dem Bürger Zufallsereignisse auf der Passivseite grundsätzlich nicht zurechnet²³⁰⁾, sollte es ihm diese auch nicht auf seine Aktivliste setzen. Hierzu ein weiterer Fall: Dem Urteil des BGH vom 15.1.1952²³¹⁾ lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Arzt hatte auf Drängen einer unverheirateten Frau bei dieser aus Mitleid und Gefälligkeit eine Schwangerschaftsunterbrechung vorgenommen. Nach den Feststellungen des Tatsachengerichts²³²⁾ war ihm dabei unbekannt geblieben, "daß die Schwangere infolge der Krankheiten, an denen sie litt, die Frucht nur unter ernster Gefährdung von Leben oder Gesundheit austragen konnte²³³⁾". Zu Recht haben beide Instanzen dem Arzt die Berufung auf den Rechtfertigungsgrund des übergesetzlichen Notstandes versagt, der an sich gegeben gewesen wäre, und ihn wegen vollendeter Abtreibung²³⁴⁾ bestraft. Damit ist die Frage, ob der Täter in diesem Falle schadensersatzpflichtig geworden wäre, noch nicht beantwortet.²³⁵⁾ Selbst wenn sie zu seinen Gunsten entschieden würde, wäre das ohne Einfluß auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens. Widerrechtlich handelt auch derjenige, der einen anderen in seiner Ehre kränkt, ohne sich auf die objektiv vorhandenen Voraussetzungen des § 193 StGB zu stützen. Der Betroffene darf Notwehr üben. Das Recht mutet ihm die Hinnahme der Ehrverletzung nur zu, wenn tatsächlich berechnigte Interessen wahrgenommen werden.²³⁶⁾ Rehbinders²³⁷⁾ weist zutreffend darauf hin, daß der Gesetzgeber in § 193 StGB verlangt, daß die kränkende Äußerung zur und

229) a. a. O., S. 90/91

230) Wo es das doch einmal tut, sind dafür ganz besondere Gründe gegeben. So ist etwa der in § 848 BGB verallgemeinerte Rechtssatz 'fur semper in mora' als Druckmittel zu verstehen, den deliktischen Besitzer zur schleunigen Rückgabe der Sache zu veranlassen. Ist die Sache durch Zufall untergegangen, so stellt die Ersatzhaftung eine zivilrechtliche Sanktion für die unerlaubte Handlung dar. Vgl. zu weiteren Fällen einer Zufallshaftung Enneccerus-Lehmann § 43 II 3.

231) BGHSt 2, 111 ff = NJW 52, 312 f

232) LG Traunstein

233) BGH in NJW 52, 312, 313

234) nicht etwa nur wegen Versuchs, wie das eine vermittelnde Lehre tun will, wenn zwar die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes gegeben sind, die entsprechende subjektive Einstellung aber fehlt (so z. B. Oehler, Zweckmoment, S. 176; dagegen und unter Berücksichtigung des Zivilrechts H.R. Horn, Struktur der Rechtswidrigkeit, S. 91 f.)

235) sie wird uns am Schluß der Arbeit noch beschäftigen, s. u. V 3 d

236) so auch BGH bei Dallinger in MDR 53, 401

237) a. a. O., S. 30

nicht bloß in Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht wird. Zwei Beispiele sollen den Katalog abschließen: Der Dieb D bricht eine Tür am Hause der tags zuvor verreisten Familie F auf und steigt ein, um zu stehlen. Er findet nichts, stellt aber fest, daß in der Küche Wasser läuft. Um zu vermeiden, daß ein Vorübergehender auf das Geräusch aufmerksam wird und dadurch sein Einbruch vorzeitig entdeckt würde, dreht D den Hahn zu. Dieser Fall ist besonders für die zivilrechtliche Beurteilung von Interesse, weil Schadensersatzansprüche in Betracht kommen. Es steht außer Frage, daß die Beschädigung der Tür dem Willen des Hausherrn entsprochen hätte, weil sie dazu angetan war, erheblichen Wasserschaden zu vermeiden. Soll sich also der Dieb auf 'negotiorum gestio' berufen können und von seiner Ersatzpflicht befreit sein? Das hieße doch wohl, diesen für seine böse Tat noch zu belohnen - Und schließlich: Der Jäger G begibt sich auf die Jagd. Im Dämmerchein hält er den sich nach Bucheckern bückenden B für ein Stück Wild und legt darauf an. Gerade in diesem Augenblick kommt F, der mit G in Feindschaft lebt, des Weges daher. Ihm erscheint die Einsamkeit des Waldes als eine günstige Gelegenheit, um mit G 'abzurechnen'. Er erschießt diesen hinterrücks. - Ohne Zweifel befand sich B in einer Notwehrlage, die es ihm bei Kenntnis der Umstände gestattet hätte, den G notfalls zu töten. ²³⁸⁾ Dann hätte es auch ein 'Nothelfer' gedurft. ^{238a)} Entlastet dieser Umstand den F? Und, falls man ihn für strafwürdig hält, soll ihm nicht wenigstens im Hinblick auf die Schadensersatzforderungen der Hinterbliebenen ²³⁹⁾ der Hinweis gestattet sein, daß er bei richtiger Einschätzung der Situation den G sogar hätte töten dürfen? ²⁴⁰⁾ Das Rechtsempfinden wehrt sich gegen diese Möglichkeit. F hat bewußt das Recht gebrochen und damit das Risiko auf sich genommen, bestraft und Regreßansprüchen ausgesetzt zu werden. Es ist nicht unbillig, ihn für dieses Wagnis nun auch voll einstehen zu lassen. ²⁴¹⁾

238) Man unterstelle, daß ein warnender Zuruf den G, der seiner Sache sicher war und den Bock, dem er schon lange nachgestellt hatte, vor sich glaubte, nicht mehr vom Abfeuern des Schusses abgehalten hätte, zumal wenn er in dem Zurufer den F erkannt hätte, dem er ohnehin keinen Glauben geschenkt haben würde.

238a) arg. aus §§ 227 II BGB, 53 II StGB

239) §§ 844, 845 BGB

240) zu der Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten, s. von Caemmerer, Überholende Kausalität, S. 30 ff

241) Die Hinterbliebenen brauchten sich nicht einmal den Einwand aus §§ 846, 254 BGB gefallen zu lassen, daß G äußerst leichtfertig zu Werke gegangen sei. Dessen Verhalten gegenüber B hat mit der Tat des F nichts zu tun.

Diese Beispiele haben den Satz Fischers ²⁴²⁾ bestätigt, daß über die Rechtswidrigkeit bzw. deren Ausschluß häufig erst nach Ermittlung der subjektiven Einstellung des Täters entschieden werden könne. Das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes führt nicht dazu, die Rechtssphäre des davon Betroffenen ohne weiteres dem Zugriff Dritter preiszugeben und jenen gleichsam insoweit 'friedlos' zu stellen. ²⁴³⁾ Das wird besonders bei Notwehr deutlich, wenn der Angegriffene sich nicht verteidigen will. In einem solchen Falle hat der BGH ²⁴⁴⁾ zutreffend entschieden, daß dann auch keine Nothilfe gestattet sei. Zwar bedeutet das Fehlen des Abwehrwillens nicht etwa eine Einwilligung in die Verletzung, so daß der Angriff gerechtfertigt wäre; dieser darf aber nur dann zurückgeschlagen werden, wenn der davon Beeinträchtigte es will oder bei einem Nothelfer wünscht. Oehler ²⁴⁵⁾ geht so weit zu behaupten, die Rechtsordnung lege z.B. in Notstandsfällen gar keinen Wert auf die Rettung des höherwertigen Rechtsgutes. Selbst wenn man dem nicht folgt, so ist doch der Ansatzpunkt richtig gewählt, daß der Gesetzgeber den Interessenwiderstreit nicht von vornherein abschließend entscheidet ²⁴⁶⁾, sondern es dem Rechtsgenossen überläßt, ob er sich verteidigen, anderen helfen ^{246a)} oder berechnigte Interessen wahrnehmen will.

Diese Sicht der Dinge wird besonders bei der Behandlung fahrlässigen Verhaltens in Rechtfertigungssituationen von Bedeutung sein. Mit der Anerkennung subjektiver Rechtfertigungselemente bei der Vorsatztat ist noch keine endgültige Entscheidung darüber gefällt, wie mit der unvorsätzlichen Handlung zu verfahren ist. ²⁴⁷⁾ Sicherlich können die soeben getroffenen Feststellungen nicht ohne jede Auswirkung auf diese Deliktsform bleiben. Es leuchtet ein, daß dem Fahrlässigkeitstäter subjektive Unrechtsmerkmale grundsätzlich fremd sein müssen. Doch gerade hieraus folgern sogar erklärte Anhänger jener Lehre, daß für diesen Bereich eine abweichende Beurteilung stattfinden müsse. ^{247a)}

242) Rechtswidrigkeit, S. 293 f

243) Diese Vorstellung könnte besonders im Falle der Notwehr aufkommen, in dem der Angreifer sich - bewußt oder unbewußt - seines eigenen Rechts begibt.

244) BGHSt 5, 245 ff

245) Zweckmoment, S. 173 f

246) so daß sein Urteil eine objektive Bewertung enthielte und dann tatsächlich jede Handlung, deren Erfolg dieser Bewertung entspricht, rechtmäßig wäre ohne Rücksicht auf die subjektiven Tendenzen des Täters. Ebenso Rost, a. a. O., S. 19

246a) Vom Fall des § 330c StGB einmal abgesehen

247) Vgl. Rost a. a. O., S. 20

247a) besonders Schönke-Schröder, Vorbem. 77 vor § 51 StGB

Auch Schmitt ²⁴⁸⁾ meint, da bei unfinalem Verhalten lediglich ein "objektives Urteil über rein objektive Merkmale" gesprochen werde, müßten folglich inso- weit die objektiven Rechtfertigungsbedingungen genügen.

Die Berechtigung dieser Einwände ist nunmehr zu prüfen. Dabei erscheint es zweckmäßig, die Untersuchungen anhand von - vornehmlich der Rechtsprechung entnommenen - praktischen Fällen zu führen. Diese sollen anhand des bereits kurz dargestellten Kataloges der wichtigsten unserem Rechte bekannten Rechtfertigungsgründe besprochen werden.

2. Zur schärferen Eingrenzung der Problematik unterscheidet Schmitt ²⁴⁸⁾ mehrere Fallgruppen, die sich mit größerer oder minderer Folgerichtigkeit auf sämtliche Rechtfertigungstatbestände beziehen lassen. Sie sind daher der Behandlung der Einzelbeispiele voranzustellen; α) Zunächst gibt es jenen Sachverhalt, bei dem der Täter mit Rechtfertigungswillen gehandelt hat, sein Eingriff aber vom Vorsatz nicht gedeckt wird, weil nur eine geringere Verletzung (oder auch überhaupt keine) beabsichtigt war, β) Davon heben sich die Fälle ab, in denen der Handelnde die Rechtfertigungslage zwar überblickt, jedoch von der sich dadurch bietenden Möglichkeit keinen Gebrauch machen will. Hierher gehört auch der von Schmitt ²⁴⁹⁾ besonders berücksichtigte Vorgang, daß der objektiv unter Erlaubnissatz zu subsumierende Erfolg durch eine Reflexbewegung ausgelöst worden ist. γ) Zu einer dritten Gruppe sind die Fälle zu vereinen, in denen die objektive Rechtfertigungshandlung unvorsätzlich und in Unkenntnis der tatbestandsmäßigen Situation geschieht. δ) Es läßt sich endlich auch denken, daß der Täter die Notlage erkennt, eingreift, aber dabei irrtümlich meint, mit eigenen Mitteln zu handeln bzw. auf eigenes Gut einzuwirken. ²⁵⁰⁾ Der von Schmitt ²⁵¹⁾ noch angeführte Sachverhalt, daß der Erfolg vom Vorsatz umfaßt ist, nicht aber die Art und Weise seiner Herbeiführung, soll nicht gesondert betrachtet werden. Es geht hier um einen Abirrungsfall, der den eigentlichen Tatbestand nicht verändert.

a) Wie bereits betont, ist die Notwehr der bekannteste unter den Rechtfertigungsgründen. So gelangen gerade in diesem Bereich immer wieder Fälle vor die Gerichte, daß ungewollt Verletzungen verursacht werden, die bei vorsätz-

248) JuS 63, 64 ff 68; ablehnend Rost, a. a. O., S. 22

249) JuS 63, 67 unter d

250) Diese Fälle sind indessen bei Notwehr nicht denkbar.

251) JuS 63, 67 unter c

lichem Verhalten als Notwehrhandlungen gerechtfertigt wären. 251a) Der Theoretiker sieht sich also in der glücklichen Lage, sich hier auf vorhandene Judikatur stützen zu können und nicht mit erfinderischem Scharfsinn eigene Beispiele konstruieren zu müssen, wobei dann leicht der Boden der Tatsachen verlassen und die Bindung an die Wirklichkeit aufgegeben wird.

α) Das OLG Hamm hatte erst jüngst über folgenden Sachverhalt zu entscheiden. 252) Der Nebenkläger N ging in Angriffsabsicht auf den Angeklagten A zu, der daraufhin seinen Revolver zog. Dabei löste sich ein Schuß, der den Angreifer in den Oberschenkel traf. A hatte lediglich zur Warnung schießen, den N aber nicht treffen wollen. Das Gericht stellte ferner fest, daß auch ein gezielter Schuß mit den tatsächlich eingetretenen Folgen noch im Rahmen des zur Abwehr Erforderlichen gelegen hätte. Es sprach A von der Anklage wegen fahrlässiger Körperverletzung frei und formulierte den Leitsatz "Auch bei Fahrlässigkeitstaten kommt Notwehr als Rechtfertigungsgrund in Betracht; die Grenze ist die Erforderlichkeit der Abwehr." 253) Der Entscheidung stehen Bedenken entgegen, wenn sie auch im Ergebnis zu billigen ist. Dem Senat müssen selbst Zweifel an der Konsequenz seiner Begründung gekommen sein. Einmal lehnt er es ab, die Rechtfertigung einer Notwehrhandlung von subjektiven Erwägungen abhängig zu machen. Zum Anderen aber verlangt er - wenigstens generell - den Verteidigungswillen. 254) 255) Dieser stellt nun aber sicherlich nichts anderes dar, als ein - im Satz zuvor gerade abgelehntes - subjektives Rechtfertigungselement. Es mutet seltsam an, ein Verhalten, von dem der Täter selbst bekennt, daß er es so ganz sicher nicht gewollt habe, als durch Notwehr gerechtfertigt hinzustellen. Das wird noch deutlicher, wenn man den Fall des OLG Hamm etwas abwandelt. A soll anstatt des Revolvers ein Gewehr bei sich gehabt und nur bezweckt haben, es schützend vor sich zu halten. Dann war nicht einmal der tatsächlich erfolgte Schuß gewollt. Der Hinweis auf die Berechtigung, die gleiche Handlung vorsätzlich vorzunehmen, 256) geht - so nachhaltig sein erster Eindruck sein mag - fehl. Es ist nicht zu übersehen, daß der Täter es gerade abgelehnt hat, von diesem Recht Gebrauch zu machen. Das so zurückgewiesene Argument führt jedoch zu einer anderen Überlegung. Es ist fraglich, ob dem Verletzenden überhaupt Fahrlässigkeit angelastet werden kann. 257) In

251a) vgl. hierzu auch Rost, a. a. O., S. 50 ff

252) NJW 62, 1169 f

253) NJW 62, 1169

254) NJW 62, 1170

255) auf den darin liegenden Widerspruch hat Schmitt (JuS 63; 64, 65 aufmerksam gemacht

256) besonders Cüppers in NJW 50, 119

257) Dieser Gedanke kommt auch dem OLG Dresden (JW 29, 2760 N^o 6) auf.

der zivilistischen Lehre und Praxis ist es selbstverständlich, daß das Sorgfaltserfordernis des § 276 I 2 BGB auf die konkrete Situation ²⁵⁸⁾ abstellt, also der Pflichtenmaßstab zwar durch diese nicht im Einzelfalle abgeändert, wohl aber ausgefüllt wird. So hält es bereits das RG ^{258a)} für einen anerkannten Grundsatz, "daß ein unrichtiges Verhalten in einer raschen Entschluß und tatkräftiges Handeln erfordernden außerordentlichen Lage nicht schlechthin dem Handelnden als Verschulden anzurechnen" sei. Rechtfertigungssituationen sind nun aber gerade, wenn man von dem eigenartigen ²⁵⁹⁾ Tatbestand der Einwilligung einmal ab- sieht, in diesem Sinne 'außerordentlich', ^{259a)} Sie bezeichnen in der Regel Notstandsfälle und zwingen den darin Handelnden zu schneller Entscheidung und deren zügiger Durchsetzung. Wer sich einem Angreifer gegenüber sieht, braucht seine Schußwaffe nicht in derselben Weise und mit der gleichen Vorsicht zu hand- haben wie auf einem Schießstand. Ihm bleibt gar keine Zeit dazu, ein Umstand, den, da er jeden in gleicher Lage betreffen würde, der Gesetzgeber zu berück- sichtigen hat. Der Sorgfaltsverstoß beginnt hier überhaupt erst mit der Über- schreitung des zur Verteidigung Erforderlichen. Insoweit wird in der Formel des § 227 II BGB eine vom Recht gezogene Grenze erblickt, aber nicht - wie beim OLG Hamm - als Scheidelinie zwischen Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung, sondern zwischen Pflichtmäßigkeit und Fahrlässigkeit. Rost ^{259b)} lehnt diese Einbeziehung der Rechtfertigungsgründe in den Begriff der erforderlichen Sorg- falt ab. Dabei stützt er sich vornehmlich auf das Argument, daß sich die Rechtfertigungsgründe in ihren Voraussetzungen gerade nach dem individuellen Täter richteten, während sich der Inhalt der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nach normativen Gesichtspunkten bestimme. Das überzeugt nicht. Es ist durchaus keine Einzelercheinung, daß das Recht in Bereichen, in denen es im Normal- falle generelle Maßstäbe anlegt, ausnahmsweise auf die Person des Handelnden abstellt. Auf der Ebene der Tatbestandlichkeit geschieht das z. B. bei der Un- terlassungstat. Der des Schwimmens Unkundige "unterläßt" nicht die Rettung des Ertrinkenden, auch wenn die Mehrzahl der Rechtsgenossen schwimmen kann. Das Verdikt der Rechtswidrigkeit beruht ebenfalls grundsätzlich auf einer gene- ralisierenden Wertung. Aber allein die Tatsache, daß es überhaupt Rechtferti- gungsgründe gibt, besagt schon, daß die Rechtsordnung diesen Standort vertritt, wenn es um die Bewertung menschlichen Verhaltens in Ausnahmesituationen geht. Es ist daher nur sachgerecht, wenn der Gesetzgeber auch bei der Festsetzung

258) s. BGHZ 1, 99 u. 103 ff; desgleichen BGH in NJW 61, 600 f.

258a) RGZ 92, 38

259) Auf dessen Sonderstellung hat schon Welzel (ZStW 58, 491 ff 563 Anm. 96) hingewiesen.

259a) s. o. S. 26

259b) a. a. O. S. 41 ff

des Sorgfaltsmaßstabes so vorgeht. Der Gedanke, daß die Sorgfaltsanforderungen in Zwangssituationen besonders zu beachten werden, ist gerade im Bereich der Notwehr nicht unbekannt. § 53 III StGB geht von der Vorstellung aus, daß selbst bei Abwehrmaßnahmen, die über das Erforderliche hinausgehen und daher mindestens objektiv fahrlässig wären, der Schuldvorwurf entfallen kann. In dem Verfahren vor dem OLG Hamm hätte der Angeklagte daher mangels Fahrlässigkeit und nicht wegen berechtigter Notwehr frei ausgehen müssen. Auch mit einer Schadensersatzforderung wäre N nicht durchgedrungen, weil weder individuelle Vorwerfbarkeit noch eine Sorgfaltsverletzung auf Seiten des A gegeben war. 260) Wenn N.iese 261) meint, es reiche aus, daß die Verletzungshandlung im Rahmen des zur Abwehr objektiv Erforderlichen gelegen habe, wenn sie nur ganz allgemein vom Verteidigungswillen getragen worden sei, so übersieht er, daß es einen solchen "generellen Verteidigungswillen" in Wahrheit gar nicht gibt. 262) So, wie die Handlung tatsächlich ausgefallen ist, hat der Täter sie nicht gewollt - dann kann sie auch nicht 'generell gewollt' gewesen sein - und so, wie sie zur Abwehr gedacht war, ist sie nun einmal fehlgeschlagen.

Einen ebenfalls der Gruppe α) zuzuordnenden Fall hatte der BGH zu entscheiden. 263) In einer Metzgerei gerieten der achtzehnjährige Lehrling A und der um einige Monate ältere B in Streit, weil A sein Pfeifen, das dem B nicht gefiel, nicht einstellte. Als dieser auf A zuging, wich er zurück, wobei er ein gerade von ihm benutztes Messer vor sich hielt. Beim Zusammentreffen der beiden drang das Messer dem B bis zum Heft in den Leib. Dieser starb an den Folgen der schweren Verletzung. Der BGH verurteilte den A wegen fahrlässiger Tötung. Das Gericht nahm zwar Notwehr an, doch sei hierbei die Grenze des Erforderlichen überschritten worden. Die Entscheidung wäre wahrscheinlich anders ausgefallen, wenn A dem B nur leichte Verletzungen zugefügt hätte. Auch hier steht fest, daß der Angegriffene den Schaden, dessen Eintritt er unschwer voraussehen konnte, seinem Gegner nicht zufügen wollte und auch nicht zugefügt hätte, wenn ihm der weitere Verlauf der Dinge von vornherein klar gewesen wäre. Es ist gekünstelt, in einer solchen Lage Notwehr anzunehmen. Diese Vorstellung beruht auf der Fiktion, daß der Täter notfalls auch vorsätzlich gehandelt hätte.

260) Ob damit auch feststeht, daß die Tat nicht einmal rechtswidrig war, wird im IV. Abschnitt zu entscheiden sein.

261) Finalität, S. 47

262) Auch Oehler, Zweckmoment, S. 166 lehnt ihn ab, hält ihn aber immerhin für möglich. Er hat dabei aber wohl die "ständige Verteidigungsbereitschaft" im Auge, bei der der Täter einem erwarteten, aber noch nicht gegenwärtigen Angriff zuvorkommen will.

263) Berichtet bei Dallinger in MDR 58, 12 f zu § 53 StGB

Gerade das aber ist nicht erwiesen. Im Gegenteil: Die beiden hier gebrachten Fälle zeigen, daß er jedesmal mit einer geringeren Maßnahme auskommen wollte. Und erst hier setzt die eigentliche Prüfung ein, ob nämlich der Bedrohte bei der Durchführung der minder schweren Handlung die Sorgfalt wie im Normalfalle einzuhalten hatte. Das ist aber zu verneinen.

β) Ein Sachverhalt der Gruppe β) hat einst dem OLG Dresden²⁶⁴⁾ zur Entscheidung vorgelegen: Den Bauern A und B stand ein gemeinsames Benutzungsrecht an einem Wirtschaftsweg zu. Eines Tages sperrte A den Weg, an dem auch ein noch nicht abgeernteter Haferplan des B lag. Dessen Knecht, der das Getreide wegen eines drohenden Gewitters noch schnell vorher mähen wollte, sah die Sperre und umfuhr sie, indem er sein Fuhrwerk über ein Kleestoppelfeld des A lenkte. Dieser versuchte, das Befahren seines Ackers zu verhindern, indem er in die Kopfzäumung der Pferde griff. Dabei traf ihn ein Peitschehieb des K, mit dem dieser die Tiere zu größerer Eile hatte antreiben wollen. - Der Senat verneint Nothilfe, zugleich aber auch Fahrlässigkeit und meint, "daß für den Angeklagten in einer augenblicklichen Lage, in der ihm das Gesetz sogar ein vorsätzliches Zuschlagen gestattet hätte, das Pflichtgebot vorsichtiger Bewahrung des Angreifers vor einer Verletzung der geschehenen Art nicht bestanden habe und sonach eine Unterlassung dieser Vorsicht ihm nicht zur Schuld gereichen könne".²⁶⁴⁾ Zugleich hält das Gericht dafür, daß ein Verteidigungswille bei Fahrlässigkeitstaten begrifflich ausgeschlossen sei. Das Urteil ist von Coenders²⁶⁵⁾ scharf angegriffen worden. Er argumentiert vom Standpunkt der objektivistischen Lehre, nach der es auf die Willensrichtung gar nicht ankommen soll, und wirft dem OLG Dresden vor, es könne nicht die Notwehr ablehnen und zur gleichen Zeit doch auf die Formel des § 53 II StGB (§ 227 II BGB) zurückgreifen. Daß dies jedoch möglich und sogar geboten ist, um den Sorgfaltsmaßstab des § 276 I 2 BGB in Notwehrsituationen zu konkretisieren, ist bereits²⁶⁶⁾ nachgewiesen worden. Obwohl dort die Sorgfalt auf die - fehlgegangene - Verteidigungsmaßnahme bezogen wurde, gelten jene Ausführungen auch hier, wo der Täter eine unmittelbare Abwehrmaßnahme nicht beabsichtigt hatte. In der Begründung des OLG Dresden ist noch ein zweiter Gesichtspunkt enthalten: Der Angreifer stellt, indem er selbst dem Recht zuwiderhandelt, den Betroffenen von den Pflichten frei, die diesem normalerweise auch ihm gegenüber obliegen. Wer von seinen Mitmenschen mit Rücksicht auf die eigene Rechtssphäre die Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verlangen darf, ist zu dieser Erwartung jedoch nicht demjenigen gegenüber berechtigt, den er, ohne besonders dazu befugt zu

264) JW 29, 2760 N^o 6

265) JW 29, 2760 Anmerkung zu N^o 6

266) s. o. III 2 a, a

sein, bedroht und gefährdet. Der Vertrauensgrundsatz, der sonst unser Vertrags- und Deliktsrecht beherrscht ²⁶⁷⁾ und seinen Niederschlag in der objektiven Fassung der Vorschrift des § 276 I 2 BGB gefunden hat, verliert in solchen Lagen seinen Sinn.

Y) Es fehlt noch ein Beispiel für die Sachverhaltsgruppe Y): Die beiden Berufskollegen A und B bewohnen ein Zimmer. Sie beschäftigen sich gerade mit dem Reinigen ihrer Waffen. B hält diese Gelegenheit für günstig, um den A zu töten, auf dessen Ersparnisse er es abgesehen hat. Außerdem meint er, der Tod des A lasse sich leicht als Unfall darstellen. Gerade in dem Augenblick, in dem er auf seinen nichtsahnenden Kameraden zielt, hantiert dieser so ungeschickt mit der eigenen Pistoie, daß sich ein Schuß löst, der den B schwer verletzt. - Hier fehlt dem A jede subjektive Beziehung zu der Rechtfertigungssituation. Soll er dennoch gerechtfertigt sein, weil die objektiven Voraussetzungen der Notwehr erfüllt sind? Soll wenigstens Fahrlässigkeit fehlen? Die erste Frage ist bereits bei den vorangegangenen Fällen beantwortet worden. Das Ergebnis der zweiten steht hingegen noch aus. Wer allein auf das Argument abstellt, der Rechtsbrecher könne keine Sorgfaltsbeobachtung erwarten, wird dazu gelangen, eine Pflichtwidrigkeit des A zu verneinen. Indessen hat der Gesetzgeber Verhaltenspflichten nicht nur aufgestellt, damit man auf ihre Einhaltung vertrauen kann. Im gleichen Maße sollen sie den Einzelnen bei seinem Handeln leiten. Das aber ist hier bei A nicht geschehen. Nur wer in Kenntnis der Gefahrenlage handelt, darf sich darauf berufen, daß das Gesetz ihm bei deren Bewältigung nicht die Sorgfalt abverlangen kann, die gemeinhin im Verkehr anzuwenden ist. Ob A dem B deshalb Schadensersatz zu leisten hat, ist damit noch nicht gesagt.²⁶⁸⁾ Die Richtigkeit und Angemessenheit des gefundenen Ergebnisses tritt noch deutlicher hervor, wenn man den Fall ein wenig abändert und ihm dadurch die Schärfe nimmt, die darin liegt, daß es gerade der Angegriffene selbst ist, der durch seine Nachlässigkeit sein Leben rettet. Es soll noch ein dritter Kollege auf dem Zimmer sein, der ebenfalls eine Waffe reinigt. Dieser C ist so intensiv mit seiner Tätigkeit beschäftigt, daß er auf die beiden anderen gar nicht achtet. Aus seinem Revolver löst sich nun der verhängnisvolle Schuß. Es würde dem C selbst sicher kaum entgehen, daß ihn die rein zufällige Konstellation der Geschehnisse entlasten soll. Wäre ihm das Mißgeschick einige Sekunden früher passiert, ehe B auf den A angelegt hatte, hätte sein Verhalten zweifelsfrei den Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung verwirklicht. Jetzt aber soll die Rechtsordnung sein Vorgehen sogar billigen? Das zu bejahen, hieße wiederum,²⁶⁹⁾ die Wirksamkeit der Rechtssätze dem Zufall auszuliefern. Das kann nur

267) dazu Deutsch, a. a. O., S. 304 ff

268) s. Anm. 235

269) vgl. schon oben III 1

derjenige gutheißen, der sich von der Vorstellung leiten läßt, der Gesetzgeber habe über Erfolge und nicht über menschliches Verhalten zu gebieten. Es stimmt nicht, wie Schönke-Schröder²⁷⁰⁾ behaupten, daß bei Fahrlässigkeitsdelikten regelmäßig der Erfolg allein die Strafbarkeit²⁷¹⁾ bestimme. Das widerlegt schon die knappe Überlegung, daß der Erfolg bedeutungslos ist,²⁷²⁾ wenn der Täter sorgfältig gehandelt hat. Man braucht nicht so weit zu gehen wie etwa der italienische Strafrechtslehrer Vannini, der in seinem Beitrag zum Versuchsproblem²⁷³⁾ annimmt, der Erfolg sei lediglich eine Rechtsfolgebedingung.^{273a)} Daß es aber bei unvorsätzlichem Verhalten gerade und besonders auf dessen Qualität ankommt, sollte nicht länger bestritten werden.²⁷⁴⁾

♣) Ein Fall der Sachverhaltensgruppe ♂) ist bei Notwehr nicht denkbar, wohl aber läßt er sich für die Tatbestände des zivilrechtlichen Notstandes (§§ 228, 904 BGB) bilden, die nunmehr zu behandeln sind.^{274a)}

b) Schmitt²⁷⁵⁾ nimmt an, die Bestimmung des § 228 BGB enthalte per definitionem ein subjektives Rechtfertigungselement, da nach ihr der Handelnde nur beschädigen oder zerstören dürfe, um eine von einer Sache drohende Gefahr abzuwenden. § 904 BGB sei dagegen objektiv gefaßt und setze daher eine entsprechende subjektive Einstellung nicht voraus. Es ist zweifelhaft, ob angesichts der nahen Verwandtschaft der beiden Vorschriften diese Unterscheidung gerechtfertigt ist. Den Wortlaut allein sollte man weder für die subjektivistische noch für die objektivistische Auffassung entscheiden lassen. Es sollen hier nur Beispiele für die Fallgruppe ♣) gebildet werden. Die Varianten ♂- ♣-) sind unproblematisch und genau so zu beurteilen wie bei der Notwehr.

Zunächst ein Fall des sogenannten 'defensiven' Notstandes: Aus dem gemeinsam gehaltenen Zwinger des A und B ist der Hund des A entlaufen. Auf der

270) a. a. O., Vorbem. 77 vor § 51 StGB

271) für das Zivilrecht wäre das die Ersatzpflicht

272) was die Rechtsfolgen des Schadensersatzes und der Strafe angeht

273) Il problema giuridico del tentativo, S. 54 ff (1952); ähnlich auch Manzini, Trattato di diritto penale, Bd. I S. 563 (1948)

273a) Wie hier wohl auch Jescheck, Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht, S. 16 (1965)

274) darauf ist noch unter IV zurückzukommen

274a) hierzu auch Rost, a. a. O., S. 58 ff

275) JuS 63; 64, 65

Straße fällt das Tier den C an. B, der gerade des Weges daherkommt, meint, es handele sich um seinen eigenen Hund, der aus demselben Wurf wie der seines Freundes A stammt. Als sein Fleiten nichts nützt, zieht B seinen Revolver und tötet das Tier. - Hier hat B nach wohl! unbestrittener Meinung unvorsätzlich fremdes Eigentum verletzt, denn er glaubte, seinen eigenen Hund zu erschießen. Einen Rechtfertigungsgrund wollte er daher nicht in Anspruch nehmen. Gleichwohl war seine Handlung gerade so beschaffen, wie sie in § 228 BGB gefordert wird. Insbesondere zielte die Tat darauf ab, dem bedrohten C Rettung zu bringen. Hier wird die Nähe der Sachverhaltsgruppe δ) zu jenen Fällen deutlich, die von Caemmerer 276) als 'unmittelbar-finaler' Eingriffe in fremde Rechte gesondert betrachtet. Jedesmal ist es ein Wertungsirrtum, der das gezeigte Verhalten von vorsätzlich-finalen Handeln abhebt. Dort verhindert er den 'dolus malus', hier den Rechtfertigungswillen. Dennoch sind diese Fälle den 'normalen' Fahrlässigkeitstaten nicht gleichzustellen. Das beruht auf der auf den Eingriff abzielenden Finalität, die in der Regel bei unvorsätzlichem Verhalten fehlt. In dem Notstandsbeispiel hätte B genauso gehandelt und auch so handeln dürfen, wenn er den Hund als das Eigentum seines Freundes A erkannt hätte. Damit unterscheidet dieser Sachverhalt sich von den Gruppen α - γ), weil dort der eingetretene Erfolg jeweils nicht gewollt war. Das rechtfertigt es auch, dem Täter ausnahmsweise trotz fehlenden Vorsatzes die Berufung auf den Erlaubnissatz zu gestatten. Zugleich wird klar, daß das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes nicht davon abhängt, ob der Handelnde vorsätzlich oder unvorsätzlich tätig geworden ist. Es kommt allein darauf an, ob das Verhalten im Hinblick auf den sachlichen Erfolg final war. Die Entscheidung, daß B sich auf ein Notstandsrecht (§ 228 BGB) berufen kann, entspricht der Beurteilung von Caemmerers bei der Rechtswidrigkeit unvorsätzlich-finaler Verletzungen. 276) Er wertet sie auch dann als widerrechtlich, wenn sie nicht auf einem Sorgfaltsverstoß beruhen, der bei ihm sonst erst das Unrecht des Fahrlässigkeitsdeliktes begründet. Im Gegensatz dazu ist B selbst dann gerechtfertigt, wenn er infolge grober Fahrlässigkeit den getöteten Hund nicht als den des A erkannt hat. 277)

Ein gleich zu behandelndes Beispiel soll auch noch zu § 904 BGB gebildet werden: Der Stammgast G wird bei Einnahme seines Mittagessens von dem ange-trunkenen und ihm körperlich weit überlegenen A belästigt und bedroht. Daraufhin greift er aus dem hinter ihm stehenden Schirmständer einen Stock in der Meinung, es sei sein eigener. In Wahrheit gehört dieser dem C, der beim Fortgehen seinen Stock mit dem des G verwechselt hat. Bei dem Handgemenge mit A zerbricht der Stock. - Wie im vorigen Falle B handelt diesmal G gera-

276) s. o. II 3 c

277) Man kann hier von einem 'Umkehrprinzip' sprechen.

de in Richtung auf den eingetretenen Erfolg final, aber infolge des Wertungsirrtums unvorsätzlich. G würde sich, wie zuvor auch B, genauso verhalten haben, wenn er sich nicht geirrt hätte. Das wäre ihm auch erlaubt gewesen. G ist daher gleichfalls gerechtfertigt, obwohl er seinen eigenen Vorstellungen nach hinsichtlich des Stockes keinen Rechtfertigungsgrund wahrnehmen wollte.

c) Die nach Notwehr und Notstand bekanntesten Ausschlußgründe der Widerrechtlichkeit im Zivilrecht wie Selbsthilfe (§ 229 BGB)²⁷⁸⁾, Fremdhilfe (die 'negotiorum gestio' der §§ 677 ff BGB), Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) oder auch die vorläufige Festnahme (§ 127 StPO)^{278a)} sind so eindeutig auf vorsätzliches (mindestens aber finales) Handeln zugeschnitten, daß sie in diesem Rahmen nicht besonders untersucht werden sollen. Gewiß lassen sich auch hier geeignete Fälle ausdenken; jedoch muß bei einer Schrift, die sich zwar 'nicht auf das Praktische beschränken'²⁷⁹⁾, es aber doch im Auge behalten will, darauf verzichtet werden, solche Konstruktionen zu bringen. Das 'Kathederbeispiel' ist nur in sehr begrenztem Umfang dazu geeignet, die Praxis zu fördern.

d) Demgegenüber umreißt das Waffengebrauchsrecht²⁸⁰⁾ einen Bereich, in dem die Sachverhaltsgruppen $\alpha - \gamma$ durchaus vorkommen können. Aus der Rechtsprechung ist dazu der Fall des OLG Frankfurt^{280a)} bekannt; Ein Grenzbeamter bemerkte auf seinem Kontrollgang längs des Werra-Ufers einen Mann, der in einem Boot den Fluß in Richtung auf mitteldeutsches Gebiet überqueren wollte. Auf Zurufen reagierte dieser zunächst überhaupt nicht. Später weigerte sich der Kahnfahrer ausdrücklich, zurückzukommen, weil seine Papiere in Ordnung seien. Daraufhin feuerte der Beamte aus seiner Dienstpistole mehrere Warnschüsse ab, die jedoch nichts ausrichteten. Ein weiterer, aber immer noch nicht gezielt abgegebener Schuß traf dann tödlich. - Das Gericht hat die Verurteilung wegen

278) vgl. oben S. 26 f. Eine umfassende Übersicht über die dem BGB bekannten Selbstschutz- und Selbstverwirklichungsrechte gibt Boehmer, Grundlagen, Bd. I S. 34 f; vgl. denselben auch in Einführung, S. 30 ff

278a) Schmitt (JuS 63; 64, 65) weist allerdings darauf hin, daß § 127 StPO rein objektiv formuliert sei. Indessen sollte der Fall einer "Rechtfertigung durch versehentliche Festnahme" erst gar nicht in die Diskussion eingeführt werden.

279) s. die oben I zitierte Bemerkung Exners

280) vgl. Rost, a. a. O., S. 65 ff

280a) NJW 50, 119 f

fahrlässiger Tötung nur aufgehoben, weil es den Sachverhalt für nicht genügend aufgeklärt hielt und die Möglichkeit, daß der Grenzsoldat mit bedingtem Vorsatz gehandelt haben könnte, nicht ausschließen wollte. Im übrigen aber ist es expressis verbis davon ausgegangen, daß die dienstliche Befugnis zum Waffengebrauch offensichtlich auf vorsätzliches Verhalten zugeschnitten sei. ²⁸¹⁾ Cuppers hat die Entscheidung zum Anlaß genommen, die Ansicht der Objektivisten erneut vorzutragen. ²⁸²⁾ Er wirft dem Senat einen Denkfehler vor und führt aus: "Wer töten darf und will, ist nicht schuldig. Wer töten darf, aber nicht will, trotzdem aber tötet, ist der fahrlässigen Tötung schuldig. Das kann unmöglich richtig sein." ²⁸²⁾ Dieser Gedankenführung stehen alle jene Bedenken entgegen, die schon in dem Abschnitt über die Notwehr ²⁸³⁾ zu den Urteilen des OLG Hamm ²⁸⁴⁾ und des BGH ²⁸⁵⁾ erhoben worden sind. Überhaupt ähnelt der 'Werra-Fall' einem Notwehrsachverhalt ganz besonders. So erhebt sich auch hier die Frage, ob der Beamte gegen die in solchen Situationen erforderliche Sorgfalt verstoßen hat. Hätte bereits der erste Warnschuß tödlich getroffen, so wäre die Antwort eindeutig: Der Schütze war gehalten, "gezielt" an dem Kahnfahrer vorbeizuschießen. Das kann man aber für die wiederholte Warnung nicht sagen. Wenn der Flüchtige ernsthaft damit rechnen sollte, daß der Grenzpolizist seine Kontrollbefugnisse wahrzunehmen gewillt war, so waren dazu Schüsse notwendig, die nicht nur einfach in die Luft gefeuert wurden, sondern in unmittelbarem Umkreis um das Boot herum auftreffen mußten. Grenzdienst ist kein Schützensport, bei dem von den Teilnehmern in jeder Situation genaues Zielen verlangt werden kann. Das Handeln unter Zeitdruck und in dieser besonderen Lage muß notwendigerweise anders ausfallen. Das OLG Frankfurt hätte daher schon einen Sorgfaltsverstoß verneinen müssen. Hinzu kommt die Erwägung, daß der Flüchtende ebenso wenig wie der Angreifer damit rechnen kann, daß sein Gegenüber die 'normale' Sorgfalt aufbringt. Auf diese Weise wird die von dem Senat mit Recht als künstlich empfundene Konstruktion vermieden, den Beamten aufgrund des Waffengebrauchsrechts gerechtfertigt sein zu lassen. Es wäre geradezu anstößig, wenn die einschlägigen Dienstvorschriften darauf abzielen würden, auch fehlgegangene Schüsse und ungewollte Verletzungen durch die Diensttuenden von vornherein der Billigung des Rechts zu versichern.

281) NJW 50, 119 f 120

282) in seiner Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt, NJW 50, 119

283) s. o. III 2 a, 

284) NJW 62, 1169 f

285) bei Dallinger in MDR 58, 12

e) Streik und Aussperrung sind Rechtfertigungsgründe, die besonders durch die Anerkennung eines nach § 823 BGB geschützten Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb²⁸⁶⁾ sowie am Arbeitsplatz²⁸⁷⁾ an Bedeutung gewonnen haben. Seither steht fest, daß die Arbeitsniederlegung und die Beschäftigungsverweigerung diese Rechte erheblich beeinträchtigen können. Wenn Nipperdey²⁸⁸⁾ für den Fall des Streiks die Tatbestandsmäßigkeit einer Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb im Sinne des § 823 I BGB leugnet, so muß er sich die Frage gefallen lassen, was dann überhaupt noch diesen Tatbestand erfüllen kann. Gerade die Streikenden wollen den Arbeitgeber 'in die Kniee zwingen'. Sie nehmen dabei sogar notfalls das Risiko einer Existenzvernichtung des bestreikten Betriebes in Kauf. Aus Nipperdeys Ausnahmen geht hervor,²⁸⁹⁾ daß er die Arbeitsniederlegung als 'sozial-adaquates' Mittel im Arbeitskampf betrachtet. Dieses Prädikat ist aber nicht mehr als ein Schlagwort,²⁹⁰⁾ das ihn überdies den Zugang zu einer lebensnahen Beurteilung versperrt. Ob Vorgänge des täglichen Lebens als rechtens aufgefaßt werden, besagt noch nichts darüber, ob sie nicht wenigstens tatbestandsmäßig sind. Die Gegenmeinung zäumt das Pferd von hinten auf. Der Begriff der Sozialadäquanz ist allenfalls dort brauchbar, wo er zeigt, daß schon ein Sachverhalt, den man früher als Beeinträchtigung angesehen hätte, heutzutage nicht mehr als solche empfunden wird.²⁹¹⁾ So stellen denn richtiger Ansicht nach der Streik wie auch die Aussperrung Rechtfertigungs-

286) s. dazu von Caemmerer, Wandlungen, S. 83 ff mit einer glänzenden Schilderung der Entwicklung dieses "Rechts" durch die Rechtsprechung.

287) s. Fabricius in AcP 160, 273 ff 307 ff und wiederum von Caemmerer (a. a. O., S. 90), der zutreffend ausführt, daß die Beschränkung der Schutzgewährung auf den Gewerbebetrieb nicht zu halten sei und auf den Arbeitnehmer hinsichtlich der Verwendung seiner Arbeitskraft und den freiberuflich Tätigen hinsichtlich der freien Berufsausübung" ausgedehnt werden müsse. Bejahend noch Soergel-Siebert-Schröder, Anm. 39 zu § 823 BGB; a. A. Nikisch, Arbeitsrecht, § 64 II 5 (S. 127).

288) im Zeitungsstreikgutachten, S. 42 u. 44

289) a. a. O., S. 39 ff

290) vgl. Wiethölter, a. a. O., S. 56; dazu auch Reh binder, a. a. O., S. 59 f und Stoll, Handeln auf eigene Gefahr, S. 263 Anm. 2 und für den Nachbarbegriff des "erlaubten Risikos" Kienapfel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, S. 29 u. passim.

291) vgl. oben, Anm. 146

gründe dar.²⁹²⁾ Als die 'ultima ratio' im Arbeitskampf beziehen sie sich wie die übrigen Ausschußtatbestände auf Ausnahmesituationen. Aus Sinn und Zweck dieser arbeitsrechtlichen Sonderbefugnisse ergibt sich nun aber, daß sie nur wirklich beansprucht werden können. Der Streik als die gemeinschaftliche und planmäßige Arbeitseinstellung durch eine Anzahl von Arbeitnehmern²⁹³⁾ zur Erreichung bestimmter Zwecke²⁹⁴⁾ kann nur final durchgeführt werden. Eine rein zufällige gemeinsame Niederlegung der Arbeit ohne vorherige Absprache und ohne das Ziel, bestimmte Zwecke zu erreichen, ist schon begrifflich kein Streik. Entsprechendes gilt für die Aussperrung, so daß diese beiden Rechtfertigungsgründe im Rahmen dieses Abschnittes keine weitere Prüfung erfordern.

f) Manche²⁹⁵⁾ anerkennen auch in den Tatbeständen des gutgläubigen Erwerbs (§ 932 BGB) oder der Ersitzung (§§ 937 ff) Rechtfertigungsgründe. Deutsch²⁹⁵⁾ zählt den guten Glauben sogar zu den subjektiven Rechtfertigungselementen. In das 'klassische System' der Erlaubnissätze sind die Vorschriften der §§ 932, 892, 937 ff etc. allerdings nicht einzuordnen. Man hätte es mit der eigenartigen Erscheinung zu tun, daß die Widerrechtlichkeit nur bei einfacher oder auch grober Fahrlässigkeit ausgeschlossen wäre, nicht aber bei Vorsatz.²⁹⁶⁾ auf den sonst die Rechtfertigungsgründe abstellen. Auch geht es nicht an, in der Gutgläubigkeit die Ausnahme zu sehen, das Vorliegen des bösen

292) so richtig Niese, Streik und Strafrecht, S. 49; von Caemmerer, Wandlungen, S. 134 Anm. 353; Nikisch, Arbeitsrecht, § 64 II 3 (S. 118) u. § 65 II (S. 135); Fabricius in AcP 160, 273 ff 312. Die Rechtsprechung ist nicht eindeutig: Der BGH (in BGHZ 14, 347 ff) und das BAG (in NJW 55, 882 ff u. 1373 f sowie 59, 356 ff) sprechen von der 'Legitimität' des Streiks, ohne genau zu sagen, ob nun schon die Tatbestandsmäßigkeit oder erst die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen sein soll. Es will scheinen, als werde hier die Rechtmäßigkeit des Streiks überhaupt mit der Rechtmäßigkeit der darauf beruhenden Verletzungshandlung gleichgestellt.

293) so etwa Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, S. 47 A II 1 b

294) vgl. Nikisch, Arbeitsrecht, § 62 I 1 (S. 78 f). Der Streit, ob nur arbeitsrechtliche Zwecke Gegenstand des Streiks sein können, ist hier nicht zu entscheiden. Vgl. darüber den BGH mit seinem Zwischenurteil im Zeitungsstreik-Verfahren (BGHZ 14, 347 ff); Nipperdey, Zeitungsstreikgutachten, und Niese, Streik und Strafrecht.

295) so jüngst erst Deutsch, a. a. O., S. 234

296) und bei Vorsatz bzw. grober Fahrlässigkeit wiederum käme es erst gar nicht zu einer Rechtsverletzung.

Glaubens dagegen als die Regel zu betrachten, ^{296a)} Jene Bestimmungen sollten daher nicht in einem Zuge mit den §§ 227 ff, 677 ff, 904 BGB genannt werden. Sie dienen dazu, den Sorgfaltsmaßstab des § 276 I 2 BGB für gewisse Bereiche abzuändern. Besitz und Grundbuch schaffen insoweit Vertrauenstatbestände, die den allgemeinen Grundsatz, daß der Rechtsinhaber mit Rücksicht auf seine Rechtssphäre auf die Beobachtung der normalerweise im Verkehr erforderlichen Sorgfalt durch Dritte bauen könne, ²⁹⁷⁾ ausschaltet. ²⁹⁸⁾

g) So bleibt endlich noch die Einwilligung ²⁹⁹⁾ übrig. Die besondere Stellung dieses allseits anerkannten Rechtfertigungsgrundes hat schon Welzel in seinen bereits erwähnten 'Studien zum System des Strafrechts' ^{299a)} erkannt und seinen Satz, die im Vordergrund stehenden Tatbestände typisch rechtmäßigen Handelns seien offensichtlich auf finales Verhalten zugeschnitten, auf ihn nicht erstreckt. ³⁰⁰⁾ In der Tat lassen sich hier wesentliche Abweichungen feststellen. Zunächst fällt der sonst den Rechtfertigungslagen eigentümliche Notstands- und Zwangscharakter fort. ^{300a)} Sodann ist es hier gerade der Betroffene selbst, der auf den ihm gemeinhin zustehenden Güterschutz verzichtet. Indessen kann im Rahmen dieser Arbeit nicht die gesamte, vornehmlich strafrechtliche Problematik der Einwilligung aufgerollt werden. ³⁰¹⁾ Es sollen nur die beiden hauptsächlichen Sachverhalte näher untersucht werden, die gerade im Zivilrecht immer wieder mit dem Gedanken der Einwilligung verknüpft werden. Es sind dies die Körperverletzungen bei Sportwettkämpfen und bei Gefälligkeitsfahrten.

296a) Daß vom Standpunkt des Eigentums als Institut eine Ausnahme vorliegt, ist allerdings nicht zu bestreiten.

297) vgl. schon oben III 2a, ^β

298) Daher hat Stoll (AcP 162, 203 ff 218) recht, wenn er von dem in Bezug auf Verfügungen nur 'partiellen' Schutz des Eigentums spricht. Vgl. zum Verhältnis der §§ 932, 933 BGB zu einander: BGH in BB 57, 346; OLG Celle in NJW 60, 967 f. Ganz merkwürdig ist die Behauptung von Schulz (AcP 105, 1 ff 436), der Eigentumserwerb des gutgläubigen Erwerbers wie der Erwerb durch Ersitzung seien rechtswidrig. Zum Vertrauensschutz im Rechtsverkehr vgl. auch Boehmer, Einführung, S. 310 ff.

299) vgl. hierzu Rost, a. a. O., S. 74 ff

299a) ZStW 58, 491 ff

300) a. a. O., S. 563 Anm. 96

300a) vgl. Rost, a. a. O. S. 20

301) vgl. die Angaben Anm. 205 sowie Deutsch in NJW 65, 1985 ff.

α) Bei sportlichen Veranstaltungen kommt es immer wieder vor, daß Teilnehmer verletzt werden. Ja, bei manchen Sportarten wie z. B. beim Boxkampf und bei den sogenannten Sport- oder Bestimmungsmensuren ist es sogar das erklärte Ziel der Wettkämpfer, dem Gegner Verletzungen zuzufügen. So ist es nicht verwunderlich, daß die Frage gestellt wird, wie solche schädigenden Handlungen von der Rechtsordnung zu bewerten sind, zumal, wenn im Einzelfalle nachweislich die sportlichen Regeln eingehalten worden sind. Die Judikatur³⁰²⁾ und die Lehre³⁰³⁾ lösen das Problem über das Institut der Einwilligung. Es wird behauptet, beim Sport willige der Mitwirkende in solche Verletzungen ein, die ihm trotz regelrechten Verhaltens von seinen Gegnern beigebracht wurden.³⁰⁴⁾ Dagegen hat sich Eberhard Schmidt³⁰⁵⁾ ausgesprochen. Er geht von der Wortbedeutung der Einwilligung aus, mit der ein ausdrückliches Wollen bezeichnet werde, und meint dann, davon könne beim sportlichen Wettkampf keine Rede sein. "Weder der Boxer noch 'wollen' verletzt werden. Im Gegenteil; sie bekunden aufs deutlichste ihren entgegengesetzten Willen; sie tun durch ihre Abwehr alles, um das Verletztwerden zu vermeiden." ³⁰⁶⁾ Schmidt weist darauf hin, daß die Übernahme eines Risikos mit einer Einwilligung nichts gemein habe.³⁰⁷⁾ Demgegenüber bekennt sich Hartung³⁰⁸⁾ zu der Auffassung,

302) vgl. aus der neueren Rechtsprechung: OLG Neustadt in MDR 56, 548 ff (2 Entscheidungen); Bayr ObLG in NJW 61, 2072 ff; OLG Braunschweig in Nds. Rpfl. 60, 233 f

303) Hartung in NJW 54, 1225 ff; von Caemmerer, Wandlungen, S. 134 Anm. 353; Schönke-Schröder, Anm. 164 zu § 59 StGB; zurückhaltend Soergel-Siebert-Lindenmaier u. Schröder, Vorbem. 58 vor §§ 823 ff BGB; auch Wussow in NJW 58; 891, 892 und Kienapfel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, S. 27.

304) Das Bayr ObLG (NJW 61; 2072, 2073) nimmt sogar an, der Teilnehmer willige in die ihm durch fahrlässige Regelverstöße zugefügten Verletzungen ein. Noch weiter geht das OLG Braunschweig (Nds. Rpfl. 60, 233 f), indem es nur die vorsätzliche Regelwidrigkeit von der angeblichen Einwilligung ausnimmt. Dagegen betont Stoll (Handeln auf eigene Gefahr, S. 261), daß in Verletzungen, die unter Mißachtung der Sicherheitsregeln des Sports zustandekämen, sicherlich nicht eingewilligt werde.

305) JZ 54, 369 ff

306) JZ 54, 372

307) das ist auch die Ansicht von Stoll (Handeln auf eigene Gefahr, S. 261), der noch bemerkt, daß diese Unterscheidung der französischen und englischen Doktrin längst geläufig sei.

308) NJW 54; 1225, 1226

daß, wer ein Risiko eingehe, auch den möglichen Mißerfolg in Kauf nehme. Das ist aber nicht die Vorstellung des täglichen Lebens. Der im fairen Kampf von seinem Kontrahenten unglücklich mit dem Stiefel am Kopf getroffene Fußballspieler wird die Frage, ob er die Platzwunde gewollt und in das Verhalten seines Gegners eingewilligt habe, nicht bejahen, sondern allenfalls antworten, so etwas komme leider immer wieder einmal vor. Hier von einer Einwilligung zu sprechen, geht ebenso fehl wie bei Schädigungen im allgemeinen Straßenverkehr. Jeder Kraftfahrer weiß, daß auch bei sorgfältigster Steuerung der Fahrzeuge immer wieder Unfälle geschehen. Wenn er sich trotzdem mit seinem Wagen auf die Straße begibt, nimmt er dieses ihm wohlbekannte Risiko auf sich. Niemand ist aber bislang darauf verfallen, hier eine Einwilligung anzunehmen. Beim sportlichen Wettkampf ist das nicht anders. Wie für die Straße die Verkehrsregeln, so stecken für das Spielfeld, den Boxring oder den Fechtboden die Sportregeln den Rahmen ab, innerhalb dessen der Teilnehmer sich frei bewegen darf. Schon Karl Wolff stellt fest, daß der Sportler, der den Spielregeln nachkomme, damit die erforderliche Sorgfalt beobachte.³⁰⁹⁾ Schmidt fügt dem hinzu: "Solange bei einer anerkannten Sportart die vorgeschriebenen Regeln eingehalten werden, gehören die dabei erfahrungsgemäß vorkommenden verletzenden Sporthandlungen mit in den Komplex derjenigen Handlungen, die als angemessene, gebilligte Mittel zur Erreichung des durch den Sport erstrebten staatlich und rechtlich anerkannten Zieles als einwandfrei und rechtmäßig anerkannt sind."³¹⁰⁾ In Konsequenz seines Plenarbeschlusses³¹¹⁾ müßte der BGH hier von einem 'Rechtfertigungsgrund des sportgerechten Verhaltens' sprechen.³¹²⁾ Solange der Staat Sportarten zuläßt (oder für sie keine schärferen Regeln verlangt), bei denen es immer wieder zu Verletzungen kommt, tut er das nur, weil er nach Abwägung des Für und Wider³¹³⁾ der körperlichen Ertüchtigung den Vorzug gibt. Beim Straßenverkehr waren es die Belange der modernen Wirtschaft, die zu seiner Zulassung geführt haben. Die Problematik liegt durchaus gleich. Die Entscheidung über Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des regelgerechten, aber

309) Verbotenes Verhalten, S. 263; ähnlich wohl auch Enneccerus-Nipperdey, S. 1300 und, speziell für den Skilauf, das LG Wien (NJW 66, 305 ff mit Anmerkung von Nirk dortselbst), welches das Problem allerdings auf der Ebene des Verschuldens zu lösen versucht.

310) JZ 54, 369 ff 373

311) BGHZ 24, 21 ff

312) In seiner Entscheidung in VersR 57, 290 f nimmt der BGH zu dieser Frage nicht abschließend Stellung. Er stellt dort nur fest, daß ein Sportler "wider das Recht" handle, "wenn er gegen die Regeln des sportlichen Wettkampfes" verstoße und "dabei einen anderen" verletze.

313) Wie das bei jedem gefährlichen Tun geschieht

dennoch schädigenden Verhaltens muß für beide Gebiete gleich ausfallen. 314), 314a)

β) Ähnliche Fragen tauchen bei der Gefälligkeitsfahrt auf. Die Fallgestaltungen weichen aber insoweit voneinander ab, als hier der Kraftfahrer die allgemeinen Regeln über den Straßenverkehr gerade nicht beobachtet. Es geht darum, wie ein solcher Sorgfaltverstoß im Verhältnis zu dem Mitfahrer zu beurteilen ist. Rechtsprechung und Lehre haben dabei mit der Formel vom 'Handeln auf eigene Gefahr' 315) gearbeitet, deren Inhalt keineswegs einheitlich aufgefaßt wurde. Von den Fahrzeugführern in Fällen, wo das Angemessen- und Erforderlich erschien, 316) von der Haftung freizurteilen, wurden die verschiedensten Konstruktionen angewandt. Es wurde behauptet, daß die Unversehrtheit der Mitnahme es ausschließe, daß der Fahrer auch für leichte Fahrlässigkeit einzustehen habe. Das RG 317) ging davon aus, daß der Fahrgast in mögliche und ihm erkennbare Verletzungen einwillinge. Andere wiederum wollten mit einem, zumeist stillschweigend geschlossenen, Enthaltungsvertrag helfen. In seiner grundlegenden Entscheidung vom 14. 5. 1961 318) hat sich der BGH von diesen, teilweise auch von ihm selbst gebilligten, 319) Versuchen distanziert und die Sätze aufgestellt: In der Regel ist nach § 254 BGB darüber zu entscheiden, welchen Einfluß auf die Schadenshaftung hat, daß sich der Geschädigte ohne triftigen

314) Wo die Beobachtung der Sorgfalt einzuordnen ist, wird im IV. Abschnitt zu entscheiden sein.

314a) Wenn Friedrich in NJW 66, 755 ff) schlankweg behauptet, es sei allgemein anerkannt und folge aus Art. 2 und 14 GG, daß die Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und Eigentum grundsätzlich widerrechtlich sei, so macht er es sich damit doch wohl zu leicht. Immerhin hat der Verfassungsgeber in Art. 2 GG gerade auch die freie Persönlichkeitsentfaltung gewährleistet. Dabei ist er sich sicherlich darüber im Klaren gewesen, daß jedes menschliche Verhalten den Keim zur Schädigung Dritter in sich trägt.

315) vgl. hierzu Stoll in seiner gleichnamigen Schrift, an deren Anfang (S. 1 ff) er darauf hinweist, wie verschieden diese Formel gehandhabt wird.

316) Die Rechtsprechung zur sog. Gefälligkeitsfahrt ist ein typisches Beispiel für eine Rechtsfindung 'vom Ergebnis her'.

317) Grundlegend RGZ 141, 262

318) BGHZ 34, 355 ff; auf S. 357 ff gibt der BGH eine ausführliche Darstellung der bisherigen Behandlung des Problems in Rechtsprechung und Literatur.

319) vgl. etwa BGHZ 2, 159 ff u. in NJW 58, 905 f

Grund einer erkannten Gefahrenlage aussetzt. Das widersprüchliche Verhalten des Geschädigten kann dazu führen, ihm einen Schadensersatz zu versagen. Nach den Umständen des Einzelfalles kann aber auch eine Minderung des Ersatzanspruchs in Betracht kommen." 320) Die Konstruktion über die Einwilligung, die hier allein interessiert, verwirft das Gericht als mit der Wirklichkeit nicht vereinbar. 321), 322) Die Argumente, die der VI. Zivilsenat hierfür vorbringt, sollen nicht in allen Einzelheiten wiederholt werden. Wichtig ist besonders die Erkenntnis, daß der Fahrgast die Gefahr zwar kenne, aber hoffe, sie werde sich nicht verwirklichen. 323) Dem sei noch die Überlegung hinzugefügt, daß ein Mitfahrer, der angeblich in die mögliche Verletzung eingewilligt hat, im Augenblick der Realisierung der Gefahr nicht berechtigt wäre, auf den Lenker des Kraftwagens einzuwirken. Soll er aber wirklich zusehen müssen, wie dieser - etwa infolge Trunkenheit - das Steuerrad so handhabt, daß ein Unfall in jeder Sekunde zu gewärtigen ist? Der Mitgenommene muß das Recht haben, notfalls auch unter Anwendung von Gewalt das ihm Mögliche zu tun, um den unmittelbar drohenden Schaden zu verhindern. Aus diesem Grunde gehen die Ausführungen des KG 324) fehl, wenn es behauptet, eine Rechtfertigung der Verhaltensweise des Fahrers sei denkbar, weil die Einwilligung ihrem Wesen nach nicht Aufgabe des Rechtsgutes, sondern Preisgabe des Rechtsschutzwillens sei. 325) Der dann folgende Satz 326), die Einwilligung entbinde den Partner von der Rücksichtnahme gegenüber dem Rechtsgut, also von der sorgfältigen Beachtung desselben, ist nicht geeignet, die Begründung des KG zu vervollständigen. Wer in der Sorgfaltsformel des § 276 I 2 BGB ein Schuldproblem erkennt, könnte dann nämlich in einer die Fahrlässigkeit ausschließenden Einwilligung allenfalls einen Entschuldigungs-, nicht aber einen Rechtfertigungsgrund sehen. Das Ge-

320) BGHZ 34, 355 unter 6

321) BGHZ 34, 360 ff

322) Auf deren Künstlichkeit haben auch Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 178 ff und Stoll, Handeln auf eigene Gefahr, S. 305 ff hingewiesen. Flume geht sogar soweit zu sagen: "Daß von einer 'Einwilligung' des Fahrgastes in Verletzungen nicht gesprochen werden kann, dürfte sich schlechthin von selbst verstehen." Stoll unterscheidet die einschlägigen Fälle der Gefälligkeitfahrt als solche des 'unechten Handelns auf eigene Gefahr' von denen der 'echten' Risikoübernahme (S. 305/6), die dort beginne, wo die Schutzpflichten der für die Gefahrenquelle verantwortlichen Personen aufhörten (S. 243, auch S. 366).

323) BGHZ 34, 361

324) VRS 7, 184 ff N^o 85 (1954)

325) VRS 7, 186

326) VRS 7, 187

richt war auf dem richtigen Wege, als es zunächst annahm, Einwilligung bedeute Billigung eines bekannten Vorhabens ³²⁷⁾, und etwas vorhaben könne grundsätzlich nur der vorsätzlich Handelnde. ³²⁸⁾ Der Versuch, trotz dieser Einsicht nun auch fahrlässiges Verhalten der Einwilligung zu unterstellen, beruht auf der schon von Eberhard Schmidt ³²⁹⁾ mit Recht gerügten Verwechslung vom 'Wollen des Risikos' mit dem 'Wollen der Verletzung'.

Es ist somit fest, daß auch die Einwilligung keinen Rechtfertigungsgrund darstellt, den die objektivistische Rechtfertigungslehre zum Beweise der Richtigkeit ihrer Thesen beanspruchen könnte. Es hat sich ergeben, daß sich gerade in den für das zivile Deliktsrecht bedeutsamsten Fällen sachgerechte Lösungen auch ohne einen Rückgriff auf jenes Institut finden lassen, die zudem den Vorteil größerer Lebensnähe für sich haben.

3. Damit ist der Kreis der Rechtfertigungsgründe, die auf ihre Vereinbarkeit mit ihr Eingreifen mit bzw. bei unvorsätzlichem Verhalten zu untersuchen waren, geschlossen. Aus der Anerkennung subjektiver Rechtfertigungselemente, der zunächst nur vorentscheidende, aber keine endgültige Bedeutung für die Behandlung der Fahrlässigkeitstat in objektiven Rechtfertigungslagen beigemessen worden ist, ³³⁰⁾ folgt, daß die Berufung auf einen der Ausschlußgründe nur bei finalen Handeln zulässig ist. Regelmäßig werden sich dabei Finalität und Vorsatz decken. Wo aber ein Wertungsirrtum vorliegt, der den Vorsatz ausschließt, die auf den tatsächlichen Eingriff gerichtete Finalität jedoch bestehen läßt, kann ausnahmsweise auch bei Fahrlässigkeit ein Rechtfertigungstatbestand eingreifen. ³³¹⁾ Dessen objektives Vorliegen ist aber auch für nichtfinales Verhalten insoweit von Bedeutung, als bei Kenntnis der äußeren Umstände die Sorgfaltsanforderungen der Besonderheit der Situation angepaßt werden. Was als zur Bewältigung der außerordentlichen Lage erforderlich angesehen werden kann, grenzt die Pflichtmäßigkeit vom objektiven Sorgfaltsverstoß ab. Die Frage, ob sich der Schädiger trotz Unkenntnis der objektiven Rechtfertigungslage darauf berufen kann, bei Kenntnis hätte er rechtmäßig handeln können, ist erst gegen

327) VRS 7, 185

328) VRS 7, 186

329) s. o. Anm. 306 u. 307

330) s. o. III 1 a. E.

331) s. o. III 2 b

Ende der Arbeit zu erörtern. 332)

Die Erkenntnis, daß die herkömmlichen Rechtfertigungsgründe auf finales Verhalten zugeschnitten sind, kann nicht ohne Folgerungen für den Tatbestandsaufbau und die Unrechtsdogmatik des fahrlässigen Delikts bleiben. Die Untersuchungen des folgenden Abschnittes sollen der Verwertung der gewonnenen Ergebnisse dienen. Dabei wird auch die bislang noch ausstehende Einordnung der Fahrlässigkeit in den zivilrechtlichen Handlungstatbestand vorzunehmen sein.

332) s. u. V 3 d

IV. ZUR EINORDNUNG DER FAHRLÄSSIGKEIT

Es ist bereits in der Vorbemerkung angedeutet worden, ³³³⁾ daß das Problem der Rechtswidrigkeit unvorsätzlichen Verhaltens dann neu zu überdenken ist, wenn festgestellt werden sollte, daß in diesem Bereich ein Ausschluß der Widerrechtlichkeit aufgrund von Ausnahmesituationen nicht in Betracht kommt. Der Satz, ein tatbestandsmäßiges Handeln sei rechtswidrig, falls kein Rechtfertigungsgrund eingreife, wird dem fahrlässigen Delikt nicht gerecht. Er zielt auf die sogenannten 'geschlossenen' Tatbestände ab, deren Einzelmerkmale so umschrieben sind, daß ihre Verwirklichung in der Regel zugleich das Urteil der Rechtswidrigkeit begründet. Es ist fraglich, ob die Fahrlässigkeitstat auch dazu gehört. Wer in dem Sorgfaltsverstoß ein Element des Verschuldens erkennt, kann daran nicht zweifeln. Ebenso wenig können das die 'extremen Modernisten', die die Nichtbeobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt als normatives Tatbestandsmerkmal auffassen. ³³⁴⁾ Die gestellte Frage kann nicht beantwortet werden, ohne auf die Hintergründe einzugehen, über welche diese beiden sonst so verschiedenen Lehren in diesem Punkte übereinstimmen. Das wiederum macht es erforderlich, zugleich zur Frage nach Sinn und Zweck des überkommenen Deliktsaufbaus Stellung zu nehmen.

1. Die Dreiteilung in Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld ist vor allem von Beling ³³⁵⁾ herausgearbeitet worden. Für das Strafrecht, dem seine Untersuchungen gegolten haben, ist eine Aufgliederung des Verbrechenskomplexes allein schon wegen der Teilnahmelehre vonnöten. Für das Zivilrecht kann man das nicht mit gleicher Berechtigung sagen. Indessen ist, wie Wiethölter zutreffend bemerkt, ³³⁶⁾ das Denkschema praktikabel und hat sich bewährt. Der zivile Gesetzgeber geht ebenfalls davon aus, was durch die allenthalben anzutreffende Verwendung der Begriffe Rechtswidrigkeit und Schuld im BGB bestätigt wird. ³³⁷⁾ Deutsch ³³⁸⁾ weist darauf hin, daß der Aufteilung des Gesamttatbestandes in Einzeltatbestände vornehmlich die Aufgabe zukommt, die Rechtsanwendung zu erleichtern. Sodann dient sie dazu, "die Verschiedenartigkeit der Gesichtspunkte in Erscheinung treten zu lassen, die an der Bewertung

333) s. o. I

334) vgl. Wiethölter, a. a. O., S. 41

335) Lehre vom Verbrechen

336) a. a. O., S. 27

337) was allerdings nicht heißt, daß ihre Verwendung auch immer paßt.

338) a. a. O., S. 181 f

beteiligt sind." 339) Von besonderem Interesse im Rahmen dieser Betrachtung ist dabei die Funktion, die der Tatbestand i. e. S. ausüben soll. Beling hat ihn von jeder Wertung freigehalten und geschrieben 340): "Die Feststellung, daß man einen Tatbestand erfüllt habe, belastet für sich allein niemanden. Im Tatbestand liegt kein Werturteil." Allerdings war es ihm durchaus geläufig, daß die Verwirklichung gewisser Tatbestände ohne weiteres - Ausnahmen vorbehalten - auch rechtswidrig ist. 341) Besonderen Wert hat Beling auf die Feststellung gelegt, "daß die Tatbestandsverwirklichung an sich nicht immer rechtswidrig ist - sonst wäre ja das Verbrechenmerkmal 'rechtswidrig' überflüssig." 342) Die strafrechtliche Doktrin hat diese Lehren inzwischen verfeinert. Insbesondere war es ihr darum zu tun, den engeren Sinnzusammenhang zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit aufzudecken. 343) Darauf ist nicht näher einzugehen. Man kann es heute als allgemein anerkannt bezeichnen, daß die Bedeutung der Rechtswidrigkeitsstufe bei den 'geschlossenen' Tatbeständen nahezu ausschließlich in der Frage liegt, ob ausnahmsweise ein Rechtfertigungsgrund eingreift und damit die 'an sich' mit der Tatbestandserfüllung gegebene Widerrechtlichkeit ausgeschlossen wird. Davon zu trennen ist die Kategorie der 'offenen' Tatbestände. Sie sind nicht "allseitig und erschöpfend durch sachlich gegenständliche Merkmale umschrieben." 344) Aus ihrer Verwirklichung kann nicht ohne Weiteres auch auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens geschlossen werden. Hier ist also der Tatbestand im Belingschen Sinne 'wertfrei'. Als die klassischen Beispiele gelten die Nötigung (§ 240 StGB) und die Erpressung (§ 253 StGB). Jeweils in Absatz II der genannten Bestimmungen gibt der Gesetzgeber durch Aufstellung normativer Merkmale zu erkennen, wann er die Erfüllung des Grundtatbestandes als widerrechtlich betrachtet.

Die Erkenntnis, daß bei unvorsätzlichem Handeln Rechtfertigungsgründe nicht zur Anwendung gelangen, 345) gebietet die Überlegung, ob das fahrlässige De-

339) Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit (1953), S. 143

340) Lehre vom Verbrechen, S. 147

341) a. a. O., S. 40; ebenso S. 77, wo er davon spricht, daß bei manchen Tatbeständen die Tatbestandlichkeit sogar ein "Fingerzeig" für die regelmäßig gegebene Rechtswidrigkeit sei.

342) a. a. O., S. 116

343) vgl. die Darstellung bei Engisch, Unrechtstatbestand, S. 403 ff

344) Welzel, Strafrecht, § 14 I 2 b

345) die oben III 2 b herausgearbeitete Gruppe unvorsätzlich-finalen Verhaltens, bei der das doch möglich ist, soll zunächst außer Betracht bleiben.

likt nicht auch jener 'offenen' Kategorie angehört. Wer das verneint, kann für diese Verhaltensform nicht mehr an der Dreiteiligkeit des Deliktsaufbaus festhalten. Die Stufe der Rechtswidrigkeit hat für ihn keine eigenständige Bedeutung mehr. Bei dieser Betrachtungsweise bleibt nichts anderes übrig, als eine Aufgliederung in Tatbestand ³⁴⁶⁾ und Verschulden vorzunehmen. Wiethölter mußte sogar dazu gelangen, die Fahrlässigkeitstat auf einer einzigen Ebene aufzubauen, da er darin einen Fall der Haftung ohne Verschulden erblickt. ³⁴⁷⁾ Es soll nicht geleugnet werden, daß dies denkbar ist. Die Dreiteilung ist nicht ein für allemal vorgegeben, und es wäre ein Rückfall in die Begriffsjurisprudenz, an diesem Schema um seiner selbst willen festzuhalten. Andererseits sollte man nicht ohne Not von ihm abgehen. Deshalb ist die Prüfung erforderlich, ob die Prämissen, von denen die Vertreter der Erfolgsrechtslehre wie die 'extremen Modernisten' ausgehen, auch wirklich zutreffen.

2. Es ist bereits dargestellt worden, ³⁴⁸⁾ daß der Angelpunkt der Erfolgsunrechtslehre das Institut des absoluten Rechts ist. Das gilt zumindest für die Eingriffstatbestände, ³⁴⁹⁾ denen die Aufmerksamkeit zunächst zugewandt werden soll.

a) Das absolute Recht ³⁵⁰⁾ ist nach dieser Theorie ein Mittel, die Freiheitsbereiche der Einzelnen voneinander abzugrenzen. ³⁵¹⁾ Seine besondere Eigenart soll darin liegen, die solchermaßen gezogenen Rechtskreise mit einem möglichst weitgehenden Schutz zu versehen. Auf diese Weise kommt die ältere Lehre dazu, jeden nicht ausdrücklich gerechtfertigten Einbruch in die Sphäre des Individuums als widerrechtlich anzusehen, selbst wenn dieser nicht auf vorsätzlichem Handeln beruht. Mit der Absolutheit wird gleichsam ein Wall um den Rechtsträger aufgeschüttet und ein Bezirk abgemessen, innerhalb

346) dessen Verwirklichung immer auch rechtswidrig ist

347) a. a. O., S. 58, Nr. 4

348) s. oben II 1 a

349) Sie sind für die zivilrechtliche Betrachtung von überwiegendem Interesse. Nur über die Vorschrift des § 823 II BGB erlangen auch die sogenannten 'Verhaltensnormtatbestände' für das bürgerliche Recht Bedeutung.

350) Die folgenden Bemerkungen gelten in gleicher Weise für das absolute Rechtsgut.

351) vgl. etwa Reinhardt in JZ 61, 713; Coing, Bemerkungen, S. 26 u. Deutsch, a. a. O., S. 217 f

dessen dieser nach freiem Belieben schalten und walten darf und jeden Dritten von einer Einwirkung ausschließen kann. Klassischer Ausdruck ist dieser Konzeption in der Bestimmung des § 903 BGB verliehen worden.³⁵²⁾ Wieacker³⁵³⁾ hat in eindrucksvoller Weise geschildert, auf welchem Boden diese Ideen gedeihen konnten, zugleich aber auch darauf hingewiesen, es sei 'nicht zu erwarten, daß ein System, das sich unter der einzigartigen Konstellation von römisch-abendländischer Tradition, naturrechtlichem Vernunftstreben und idealistischer Ethik zu seiner großen Vollkommenheit ausgebildet hatte, ohne weiteres den unübersehbaren sozialen und wirtschaftlichen Umwälzungen des Erdballs im 20. Jahrhundert standhalten werde.'³⁵⁴⁾ In der Tat läßt sich die Vorstellung von jener 'heilen Welt' des vorigen Jahrhunderts heute nicht mehr aufrechterhalten. Konnte man damals noch die Freiheitsbereiche der Rechtsgenossen so gegeneinander abstecken, daß eine 'Grenzüberschreitung' tatsächlich auch in jedem Falle als Unrecht empfunden wurde, so hat die Entwicklung der Technik mit ihrer ungeheuren Potenzierung menschlicher Kräfte diesen Rahmen gesprengt. Spätestens mit der Zulassung gefährlicher Betriebe³⁵⁵⁾ hat der Gesetzgeber unserem Recht ein neues Gewand gegeben, und wenn man auch jetzt noch mit den alten Begriffen arbeitet, so darf dieser Umwälzungsprozeß nicht unberücksichtigt bleiben. Wir waren gleichwohl schlecht beraten, wenn wir die hergebrachten Formen des Privatrechts einfach über Bord werfen wollten. Die Aufgabenstellung besonders des zivilen Deliktsrechts ist nicht eine gänzlich neue geworden. Lediglich die Akzente haben sich verlagert. War es dem klassischen System in erster Linie darum zu tun, die Rechte der Bürger voneinander abzugrenzen, so muß das moderne bürgerliche Recht auch noch und vornehmlich ein anderes Ziel im Auge haben, nämlich dasjenige, "die Zusammenarbeit, und zwar auch die dauernde Zusammenarbeit, freier Menschen für gemeinsame Zwecke möglich zu machen."³⁵⁶⁾ Coing hat es richtig beschrieben, wenn er formuliert: "Das Privatrecht dient nicht nur der Abgrenzung der Freiheitssphären, sondern auch der Kooperation in Freiheit."³⁵⁶⁾

In diesem Lichte erhalten die Thesen der Erfolgsunrechtslehre einen neuen Anstrich, zumal es scheinen will, als werde dem Begriff 'Absolutheit' eine ihm durchaus nicht innewohnende Bedeutung beigelegt. Nipperdey³⁵⁷⁾ macht,

352) vgl. auch Coing, Bemerkungen, S. 26

353) Das bürgerliche Recht im Wandel

354) a. a. O., S. 18

355) s. dazu auch Esser, Gefährdungshaftung, S. 32, 50 ff u. passim

356) Coing, Bemerkungen, S. 39; ebenso Boehmer, Einführung, S. 345 ff u. 361

357) Enneccerus-Nipperdey, S. 433 f; vgl. auch Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 143 u. 361

wie schon an anderer Stelle betont, ³⁵⁸⁾ darauf aufmerksam, daß sich das Wesen des absoluten Rechts nicht danach bestimmen lasse, ob ein Rechtsgut in dem von der h.L. angegebenen Sinne 'generell' geschützt sei. Seine Eigenart folgt vielmehr aus der Antithese zum relativen Recht, das nur zwischen bestimmten Personen Wirkungen entfaltet. Im Verhältnis von Gläubiger und Schuldner ist die Forderung mindestens ebenso generell geschützt wie die absoluten Rechte gegenüber Beeinträchtigungen Dritter. Aus der Tatsache, daß diese überhaupt durch jedermann verletzt werden können, ergibt sich erst ihre Absolutheit. Es ist darum nur folgerichtig und sachgerecht, auch Forderungen den 'Drittschutz' zu gewahren, wenn und insoweit andere als der Schuldner in sie eingreifen können. ³⁵⁹⁾ Im übrigen fußt die h.L. ihre Vorstellungen selbst nicht konsequent durch. Das zeigt u. a. ein Blick auf die Rechtsprechung zur Ehestörung. Es wird wohl heute niemand mehr den absoluten Rechtscharakter der ehelichen Lebensgemeinschaft in Abrede stellen. ³⁶⁰⁾ Dennoch ist der BGH nicht bereit, Klagen auf Unterlassung von Ehebruch und Schadensersatz wegen Ehestörung zuzulassen. ³⁶¹⁾ Er will lediglich den 'räumlich-gegenständlichen' Bereich der Ehe schützen. ³⁶²⁾ Darüber hinaus hat er sich aber der überzeugenden Argumentation der von Boehmer ³⁶³⁾ angeführten Lehre verschlossen.

Das beweist, daß die Berufung der Vertreter der Erfolgsunrechtstheorie auf die Absolutheit des subjektiven Rechts für ihre Thesen nichts hergibt. Der Katalog der in § 823 BGB genannten Rechte und Rechtsgüter verliert dadurch nicht seine Bedeutung. Diese liegt aber auf der Ebene des Tatbestandes und nicht der Rechtswidrigkeit. Deshalb ist die Befürchtung unbegründet, § 823 I BGB werde durch die Modernisten aus den Angeln gehoben. ³⁶⁴⁾ Dessen System droht Gefahr vielmehr durch die Anerkennung von 'Rechten', die genau genommen keine sind. ³⁶⁵⁾ Entscheidend ist die Verkenntung der Funktion des Rechtswid-

358) II 3 a

359) so schon Boehmer, Grundlagen, Bd. II 1 S. 171; u. Einführung, S. 283 u. 304/5; ebenso von Caemmerer in Bereicherung, S. 355; a. A. Enneccerus-Lehmann, S. 943 (§ 234 I d).

360) vgl. Boehmer in AcP 155, 181 ff 187

361) s. BGHZ 23, 215; 23, 279; 26, 217

362) BGHZ 6, 360

363) vgl. besonders in AcP 155, 181 ff; ders. ferner in Fam RZ 55, 7 u. 57, 196 sowie in MDR 58, 4 ff (zum Urteil des BGH in MDR 58, 22 ff); ders. Einführung S. 51, 286 ff; ebenso auch Enneccerus-Nipperdey, 106 sowie Eike von Hippel, NJW 65, 664 ff

364) Reinhardt in Karlsruher Forum 1961, 5 r. Sp.

365) s. dazu von Caemmerer, Wandlungen, S. 89 ff, 102 ff, 113 u.

rigkeitsurteils im Zivilrecht. Vielfach wird behauptet, die zivilistischen Normen wollten lediglich bewerten, die Entscheidung über die Widerrechtlichkeit eines Verhaltens sei eine rein formale. ³⁶⁶⁾ Auch wird gesagt, dem bürgerlichen Recht komme es "nicht auf den Normgehorsam an sich" an. ³⁶⁷⁾ Es ist nun bemerkenswert, daß gerade die Verfechter dieser Sätze andererseits für den Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verlangen. ³⁶⁸⁾ Darin liegt ein Widerspruch. Wer dieses Bewußtsein fordert, geht davon aus, der Rechtsgenosse werde sich von der Erkenntnis, daß sein Handeln verboten sei, leiten lassen. Dann aber müssen ihm die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen ein Verhalten dem Recht widerspricht, ex ante bekannt sein. Bewertungsnormen kommen ohne das Rechtswidrigkeitsbewußtsein aus. Sie haben keinen Adressaten ³⁶⁹⁾ und kümmern sich demzufolge nicht darum, was sich der Einzelne bei seinem Tun denkt. Es geht nun aber nicht an, für das vorsätzliche Delikt die Bestimmungstendenz des Zivilrechts zu bejahen, sie für das fahrlässige hingegen abzulehnen. Desgleichen ist es nicht möglich, für das Gebiet der Gefährdungshaftung zu behaupten, hier komme es auf die Rechtswidrigkeit der Schädigung nicht an, ³⁷⁰⁾ sonst aber vom Gegenteil auszugehen. Wenn wirklich allein der Verletzungserfolg die Widerrechtlichkeit der zu ihm hinführenden Handlung ausmacht, dann gilt das auch in diesem Bereich. Dem Unternehmer eines gefährlichen Betriebes steht sicherlich kein Eingriffsrecht zu. Das Problem läßt sich vielmehr in der Frage zusammenfassen, ob der Gesetzgeber, der dem Bürger die Eröffnung einer Gefahrenquelle gestattet, die so erlaubte Tätigkeit gleichwohl mit dem Unwerturteil der Rechtswidrigkeit versehen kann, weil es - wie unschwer vorauszusehen - irgendwann trotz Anwendung der gebotenen Vorsichtsmaßnahmen zum Schaden gekommen ist. Die Frage ist zu verneinen. ³⁷¹⁾ Darin, diese Erkenntnis von höchster Warte auch der Rechtsprechung vermittelt zu haben, liegt die eigentliche Bedeutung

366) statt aller Reinhardt in JZ 61, 713 ff 716; auch Troller in Karlsruher Forum 1959, 65

367) Deutsch, a. a. O., S. 216

368) z.B. Larenz, Schuldrecht I, § 19 II (S. 218); soweit es die Vorschrift des § 823 II BGB angeht, ist der BGH von diesem Grundsatz abgegangen (JZ 63, 218 = NJW 62, 910 u. dazu die Anmerkungen von Wiethölter in JZ 63, 205 ff u. Katholnigg in NJW 62, 1293)

369) so richtig Oehler, Zweckmoment, S. 40 f und Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 2 ff, 12, 53, 62 ff u. passim.

370) Larenz in Karlsruher Forum 1959, 13 u. Rechtswidrigkeit, S. 174/5

371) In dieser Verneinung liegt die gemeinsame Basis der Gegner der Erfolgsunrechtslehre, mögen sie auch sonst in die verschiedensten Lager aufgespalten sein.

des sonst so anfechtbaren Plenarbeschlusses des BGH. ³⁷²⁾ Und deshalb war es auch angemessen, den bedeutsamsten Satz aus jener Entscheidung an den Anfang dieser Arbeit zu stellen. Das Problem ist nicht auf das Feld der Gefährdungshaftung beschränkt. Deren Eigenart beruht darauf, daß trotz Einhaltung der Sicherheitsvorkehrungen gehaftet wird. Es geht dabei um eine besondere Einstandspflicht für Zufallsschäden im Rahmen eines Wagnisses. ³⁷³⁾ In der Frage nach der Rechtswidrigkeit erfordert sie keine gesonderte Behandlung.

Endlich gehen auch die ³⁷⁴⁾ Versuche fehl, an der älteren Auffassung unter Hinweis auf die eigenartige Erscheinung des sogenannten mitwirkenden Verschuldens und mit der Bemerkung festzuhalten, die Rechtsnormen wendeten sich nicht nur an den Handelnden, sondern zugleich auch an den Betroffenen. Die Behauptung etwa, es gehe bei der Haftungsminderung des § 254 BGB um eine Sanktion, die ein Verschulden ohne Rechtswidrigkeit voraussetze, ^{374a)} ist durchaus unbewiesen. Man könnte sich ebenso gut auf den Standpunkt stellen, daß das den Schaden mitverursachende bzw. erhöhende Verhalten des Geschädigten rechtswidrig im uneigentlichen Sinne sei und mit diesem Prädikat nur deshalb nicht belegt werde, weil es 'gegen sich selbst' gerichtet sei. Es ist ohnehin fraglich, ob dogmatische Besonderlichkeiten zur Klärung und Fundierung des Systems herangezogen werden sollten. - Das Problem, ob das Zivilrecht nicht nur bewerten, sondern auch bestimmen müsse, kann schließlich nicht vom Standpunkt des Betroffenen aus gelöst werden. Dadurch, daß man diesem sagt, er brauche gewisse Eingriffe nicht zu dulden, werden die Rechtsregeln noch nicht zu Bestimmungsnormen. Der Handelnde steht weiterhin in dem Dilemma, daß ihm ein an sich erlaubtes Verhalten nur deshalb gleichsam 'ex post' untersagt wird, weil es zu einem Schaden geführt hat. Dem Bedrohten hilft die Bewertung als 'widerrechtlich' aber auch nicht weiter. Er will sich wehren, bevor der Schaden eingetreten ist. So lange aber soll der Täter angeblich rechtmäßig handeln. ³⁷⁵⁾ Unter diesen Umständen fragt es sich, was mit dem Prädikat "rechtswidrig" noch ausgedrückt werden soll. Notwendige Voraussetzung für eine Haftung ist es nicht. ^{375a)} Als Ausdruck dafür, daß die Gütereinbuße einen Unwert darstellt, ist es aber überflüssig, weil es dazu einer rechtlichen Betrachtung überhaupt nicht erst bedarf. ^{375b)} Wenn somit feststeht, daß der

372) BGHZ 24, 21 ff

373) vgl. Esser, Gefährdungshaftung, S. 102

374) oben II 1 d dargestellten

374a) Zeuner JZ 66, 1 ff 5

375) vgl. Wussow NJW 58, 891 f - dagegen zutreffend Münzberg, Verhalten und Erfolg S. 177 Anm. 350

375a) siehe Münzberg S. 72 ff

375b) so richtig Münzberg S. XVII

eingetretene Verletzungserfolg allein keinen ausreichenden Grund dafür hergibt, von einer rechtswidrigen Handlung zu sprechen, ³⁷⁶⁾ so ist damit noch nicht entschieden, daß gerade der objektive Sorgfaltsverstoß das Unrecht der unvorsätzlichen Tat ausmachen müßte. Diese Frage ist jedoch einstweilen nicht zu verfolgen. ^{376a)}

b) Das eben Gesagte gilt auch in den Fällen, in denen es auf den Schadenseintritt gar nicht ankommt, sondern auf die Erfüllung eines Verhaltensnormtatbestandes. Hier behauptet die h.L. gleichfalls, daß mit der Tatbestandsverwirklichung die Rechtswidrigkeit feststehe, wenn nicht ein Rechtfertigungsgrund eingreife. Deutsch ³⁷⁷⁾ spricht in diesem Zusammenhang von einer 'handlungsbezogenen Rechtswidrigkeit'. Das ist insofern unglücklich, als die Modernisten diesen Ausdruck ebenfalls, jedoch in ganz anderem Sinne, verwenden. Während Deutsch darunter das Urteil über ein normwidriges Verhalten versteht, ^{377a)} lassen jene die Normwidrigkeit als solche nicht genügen und fragen weiter, ob sie durch einen objektiven Sorgfaltsverstoß zustande gekommen ist. Sie werten also die Beschaffenheit der Handlung selbst, weshalb es besser wäre, hierfür allein den Ausdruck 'handlungsbezogene Rechtswidrigkeit' vorzubehalten. Die Handlungsbezogenheit bei Deutsch ist - genau genommen - Erfolgsbezogenheit, nur daß es nicht um einen Verletzungserfolg geht, sondern lediglich um den 'Erfolg der Normwidrigkeit'. Ein Fall, der täglich vorkommen kann, mag den Unterschied beider Auffassungen verdeutlichen: Ein Verkehrsteilnehmer fährt in seinem Wagen mit ungeminderter Geschwindigkeit an einem Haltegebotsschild vorbei, das durch einen vorschriftswidrig geparkten Lkw so verdeckt wird, daß niemand es von der Straße aus sehen kann. Die h.L. hält das Handeln des Fahrers für rechtswidrig. ³⁷⁸⁾ Damit setzt sie ihn dem Zufall aus oder aber verlangt von ihm, überall entlang der Straße darauf zu achten, ob nicht irgendwo ein Verkehrszeichen verdeckt steht oder gar umgefallen ist. ³⁷⁹⁾ Beides ist wenig sinnvoll. So hat sich denn erst neuerdings auch der BGH dazu bekannt, daß die Verkehrszeichen sich nur an diejenigen Verkehrsteilnehmer

376) BGHZ 24, 21 ff 26

376a) Sie wird unten IV 4 b beantwortet werden.

377) a. a. O., S. 214

377a) a. a. O., S. 215

378) z. B. Larenz, Schuldrecht I, § 19 IV (S. 226 f) u. Stoll in AcP 162, 203 ff 210

379) Dem Umstand, daß etwa ein Sturm das Schild umgeweht hat, kann dann ja wohl kein Einfluß auf die Wirksamkeit des Ge- oder Verbots zukommen.

wenden, "die jeweils an dieser Stelle ankommen, das Verkehrszeichen sehen oder wenigstens bei Beobachtung der gebotenen Aufmerksamkeit sehen können und die durch das Verkehrsschild gekennzeichnete Fläche benutzen wollen." 380) Nur für diese Verkehrsteilnehmer gilt nach Ansicht des Gerichts "nach dem Sichtbarkeitsprinzip die Gehorsamspflicht". 380), 381)

c) Nach allem wird es klar, daß die Prämisse der Erfolgsunrechtslehre fehlt. Sie zwingt also nicht dazu, sich den Tatbestand des unvorsätzlichen Delikts als 'geschlossen' vorzustellen, bei dem der Erfolg die Rechtswidrigkeit begründet. Dieses Ergebnis kann auch nicht durch den Verweis auf die Volksanschauung wieder infrage gestellt werden. 382) Wenn Larenz 383) meint, der Führer eines Kraftfahrzeuges werde sich bei einem Verkehrsunfall allenfalls darauf berufen, ihn treffe keine Schuld, 384) so ist das sicherlich richtig. Es enthält aber noch kein brauchbares Argument für die bisherige Auffassung. Wollte man jenem Fahrer nämlich vorhalten, er habe aber rechtswidrig gehandelt, so würde er auch das mit einiger Sicherheit zurückweisen unter Hinweis darauf,

380) BGH in NJW 65; 308, 309 I. Sp.; vgl. dazu auch Deutsch, a. a. O., S. 124, der aber (S. 215) die Rechtswidrigkeit bejaht.

381) Die umgekehrte Frage, ob sich der Verkehrsteilnehmer auf die Verkehrszeichen verlassen darf, behandelt der BGH in seinem bekannten 'Laternen-garagen-Urteil' (BGHZ 36, 237 ff = NJW 62, 484 f). Hier hatte ein Lkw-Fahrer sein Fahrzeug bei Nacht unter einer Laterne abgestellt, die nicht mit einem roten Ring (Bild 35 der Anlage zur StVO) gekennzeichnet war. Die Lampe wurde noch während der Dunkelheit gelöscht. Ein Motorradfahrer prallte gegen Morgen auf den unbeleuchteten Lkw. - Der BGH bescheinigt dem Lkw-Fahrer, er habe nicht rechtswidrig gehandelt, da er darauf habe vertrauen dürfen, daß die Laterne die ganze Nacht über brennen würde. Dagegen polemisiert Weitnauer (NJW 62, 1190 f), der meint, die Vorschrift des § 23 StVO setze eine "effektive Beleuchtung" (S. 1191) voraus. Hier übersieht er aber, daß § 23 I 2. Halbsatz ausdrücklich vorsieht, daß Eigenbeleuchtung nicht erforderlich ist, wenn andere ausreichende Lichtquellen vorhanden sind. Ob das der Fall ist, soll dem Kraftfahrer, soweit es Straßenlaternen angeht, aber gerade die Kennzeichnung mit dem Ring des Bildes 35 sagen. Vgl. die klare Anmerkung A1c 4 der Anlage zur StVO.

382) Einer solchen Argumentation ist mit einiger Zurückhaltung zu begegnen.

383) Rechtswidrigkeit, S. 186

384) ähnlich auch Troller in Karlsruher Forum 1959, 65

daß in dieser Lage sich ja niemand anders verhalten hätte. ³⁸⁵⁾ Dem Laien ist die exakte Trennung von Rechtswidrigkeit und Schuld fremd. Geradezu abwegig aber ist die Ansicht, die Betroffenheit des an einem Verkehrsunfall Beteiligten zeige deutlich, "daß der Kraftfahrer selbst das Empfinden für die Rechtswidrigkeit des von ihm herbeigeführten Erfolges" ³⁸⁶⁾ habe. Selbst derjenige, der in Notwehr einen anderen getötet hat, wird keine Genugtuung darüber empfinden, obwohl er 'recht getan hat'. Im übrigen zielen Gefühls- und Gewissensregungen nicht auf eine rechtliche Bewertung ab. Dieser psychische Bereich des Menschen ist dem Zugriff der Rechtsordnung im wesentlichen verschlossen. Ein Argument für die Aufrechterhaltung wirklichkeitsfremder Konstruktionen gibt er ganz gewiß nicht her.

3. a) Es ist schon darauf hingewiesen worden, daß auch die 'extremen Modernisten' im Tatbestand des fahrlässigen Delikts einen 'geschlossenen' sehen, obwohl sie sonst mit der älteren Lehre nichts gemein haben. ³⁸⁷⁾ Ihrer Ansicht nach gehört der objektive Sorgfaltsverstoß (die Fahrlässigkeit nach der Formel des § 276 I 2 BGB) zum Tatbestand des unvorsätzlichen Delikts. Dabei spielt in erster Linie die Überlegung eine Rolle, daß die fahrlässige Handlung der Unterlassung eng verwandt sei und ihr daher auch im strukturellen Aufbau ähnele. ³⁸⁸⁾ Wiethölter behauptet, letzten Endes begehe der fahrlässige Täter kein Unrecht, sondern er unterlasse Recht. ³⁸⁹⁾ Das ist sicherlich richtig, aber für die Verwandtschaft zwischen Fahrlässigkeit und Unterlassung beweist dieser Satz nichts. Man unterläßt nicht, indem man kein Recht tut, sondern indem man eine bestimmte Handlung, die Recht wäre, nicht vornimmt. ³⁹⁰⁾ Ob das rechtens ist, stellt eine weitere Frage dar. Nicht anders verhält es sich mit der Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Der bloßen Wortbedeutung nach kann man darin durchaus ein Unterlassen erblicken. In Wahrheit

385) Ich habe bei 50 Personen verschiedenster Herkunft die Probe auf das Exempel gemacht. Keine von ihnen wußte mit dem Urteil der Rechtswidrigkeit etwas anzufangen. Niemandem wollte es eingehen, daß jemand widerrechtlich gehandelt haben sollte, obwohl sein Verkehrsverhalten einwandfrei war.

386) Wussow in NJW 58, 891 ff 893

387) s. o. IV 1

388) s. o. II 3b u. Anm. 157 - 159

389) a. a. O., S. 37. Er bezeichnet diese Formulierung allerdings selbst als überspitzt.

390) vgl. Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte, S. 25 u. ö.

aber ist die Forderung, sorgfältig zu sein, nicht selbständiger Normgegenstand. Sie bezieht sich vielmehr auf menschliches Verhalten, das wiederum ein Handeln oder auch ein Unterlassen sein kann. Anderenfalls wären wir beim *crimen culpa* angelangt. ³⁹¹⁾ Von Caemmerer weist darauf hin, ³⁹²⁾ daß Verstöße durch Tun oder durch Unterlassen vielfach ineinander übergehen. Als Beispiel bringt er dazu den Fall, daß jemand einen Blumentopf vor das Wohnungsfenster stellt, der dann einem Fußgänger auf den Kopf fällt. ³⁹²⁾ Mit Recht ist er der Ansicht, hier habe der Wohnungsinhaber die Sorgfaltspflicht durch ein Tun verletzt. Es wäre gekünstelt, davon zu sprechen, dieser habe es unterlassen, das Hinstellen des Topfes auf das Sims zu unterlassen. Das würde nur den Satz bestätigen, daß sich jedes Positivum auch durch eine doppelte Negation ausdrücken läßt. Wenn jemand, um ein Beispiel Wiethölter ³⁹³⁾ aufzugreifen, eine Zigarette in eine Scheune wirft, so geht die Frage nicht darum, ob man überhaupt Zigaretten in Scheunen werfen dürfe. Mit einer nicht einmal angezündeten Zigarette darf man das wohl tun, nicht aber mit einer brennenden. Wer es dennoch tut, handelt nicht deshalb fahrlässig, weil er bei dieser Handlung die erforderliche Sorgfalt nicht beobachtet, sondern weil er sie überhaupt vorgenommen hat. Ähnliches gilt, wenn ein Arzt einem Patienten eine Spritze gibt, obwohl dieser - was jener hätte erkennen müssen - gegen jegliche Injektionen allergisch ist. Hier hätte die Beobachtung der pflichtmäßigen Sorgfalt gerade darin gelegen, jede Einspritzung zu unterlassen. Nowakowski ³⁹⁴⁾ macht zutreffend darauf aufmerksam, daß die Fahrlässigkeit nicht auf die Unterlassung der objektiven Sorgfalt, sondern auf das Eingehen des unerlaubten Risikos zu beziehen ist.

Aber auch sonst geht der Vergleich zur Unterlassung fehl. Wiethölter glaubt, das Sorgfaltsgebot des § 276 I 2 BGB der sogenannten 'Garantenpflicht' bei der Unterlassung gleichstellen zu können. ³⁹⁵⁾ Dazu hat erst jüngst Armin Kaufmann in seiner grundlegenden Arbeit zur 'Dogmatik der Unterlassungsdelikte' ³⁹⁶⁾ nachgewiesen, daß diese 'Garantenpflicht' keinen Platz im Handlungsaufbau der Omissivdelikte hat, und zwar unter Hinweis darauf, daß umgekehrt bei der Begehungstat nirgendwo eine Unterlassungspflicht vorgesehen sei. ³⁹⁷⁾

391) Wiethölter gibt das praktisch zu, indem er sagt, im Grunde stehe, abstrakt gesehen, ein einziger zivilrechtlicher Deliktstatbestand zur Debatte (a. a. O., S. 41)

392) Wandlungen, S. 75

393) a. a. O., S. 38

394) JZ 58, 335 ff 337 u. 388, 389

395) a. a. O., S. 41

396) s. die gleichnamige Schrift

397) a. a. O., S. 132 f

Aber auch der Herausarbeitung der 'Garantenstellung' kommt bei der Unterlassung eine ganz andere Aufgabe zu als dem Sorgfaltsgebot im Rahmen der Fahrlässigkeitstat. Während hier die Kausalität des Verhaltens feststeht, ³⁹⁸⁾ soll sie dort erst ermittelt werden. ³⁹⁹⁾ Vollends ins Wanken gerät die Vorstellung, die Fahrlässigkeit sei selbst Unterlassung, durch die Kategorie des fahrlässigen Unterlassungsdelikts. Hier müßte es sich dann um ein doppeltes Unterlassen handeln. Diese Sicht wird den Dingen nicht gerecht. So nimmt denn auch Kaufmann richtigerweise an, daß die fahrlässige Begehung wie die fahrlässige Unterlassung ihren Unwertakzent durch Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt erhalten, ⁴⁰⁰⁾ dieser also jene Verhaltensarten überlagert, nicht aber mit einer von beiden strukturell identisch ist.

Die 'extremen Modernisten' sind auch der Ansicht, es gehe nicht an, ein völlig sorgfältiges Verhalten überhaupt als tatbestandsmäßig erscheinen zu lassen. ⁴⁰¹⁾ Sie werden dabei offensichtlich von der Vorstellung geleitet, daß mit der Feststellung der Tatbeständlichkeit schon eine Art 'Vorwertung' vorgenommen werde. Es ist nun aber bereits ermittelt worden, ⁴⁰²⁾ daß es dem Tatbestand nicht überall obliegt, die Rechtswidrigkeit 'anzumelden'. Die Gruppe der 'offenen' Delikte beweist das Gegenteil. Wenn Welzel an anderer Stelle und in anderem Zusammenhang den Vertretern der Lehre von den negativen Tatumständen vorwirft, für sie sei die Tötung eines Menschen in Notwehr rechtlich nichts anderes als die Tötung einer Mücke, ⁴⁰³⁾ so muß er sich diesen Satz in etwas abgeänderter Form selbst vorhalten lassen. Auch für ihn unterscheidet sich z. B. die Tötung eines Menschen trotz verkehrsrichtigen Verhaltens vom Standpunkt des Rechts aus in nichts von der Tötung einer Mücke. Das entspricht aber nicht der Anschauung des Lebens. Darin wird das rechtlich Bedeutungslose sehr klar von einem Handeln gesondert, das zwar im konkreten Falle rechtlich irrelevant sein kann, seiner äußeren Beschaffenheit nach aber durchaus die Aufmerksamkeit des Rechts erweckt. Die Tötung einer Mücke würde niemand auf ihre Sorgfaltswidrigkeit prüfen. Anders aber bei der Tötung eines Menschen im Straßenverkehr.

398) denn sogar der sorgfältig Handelnde tötet, verletzt den Körper eines anderen, schädigt fremdes Eigentum; vgl. etwa Clauß in MDR 61, 905, 906

399) daß es sich dabei nur um eine gedachte Ursächlichkeit handelt, ist heute wohl allgemein anerkannt.

400) Unterlassungsdelikte, S. 172

401) vgl. Wiethölter, a. a. O., S. 34; Welzel, Verkehrsdelikte, S. 24

402) s. o. IV 1

403) Strafrecht, § 14 I 1

Schwerer wiegen die Bedenken von Caemmerers gegen die Auffassung, ⁴⁰⁴⁾ daß jede nicht vorsätzliche, adäquat-kausale Herbeiführung einer Rechtsgutverletzung den Tatbestand eines fahrlässigen Delikts erfüllen solle. Er fragt, ob etwa der Hersteller von Leuchtgas den Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung begangen habe, wenn jemand infolge eines Unglücksfalles durch die Einatmung dieses Gases erkrankt sei. ⁴⁰⁴⁾ Nachdem er das verneint hat, kommt er dazu, die Verwirklichung des Tatbestandes einer unvorsätzlich= unerlaubten Handlung nur dann anzunehmen, wenn gegen eine Verkehrspflicht verstoßen worden sei. ⁴⁰⁴⁾ Auch Larenz ist diesem Problem nachgegangen. ⁴⁰⁵⁾ Er hält ebenfalls die Begrenzung der für die Qualifizierung einer Handlung bedeutsamen Folgen durch die Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang für unbrauchbar, weil diese, anstatt wirklich zu begrenzen, praktisch ins Uferlose gerate. ⁴⁰⁶⁾ Bei seinen Bemühungen um eine angemessene Lösung gelangt er u. a. dazu, eine Handlung auf ihre 'Abgeschlossenheit' hin zu prüfen und bildet dafür den Fall, daß jemand aus Versehen oder in der Absicht, aus dem Leben zu scheiden, eine Überdosis von einem Schlafmittel einnehme, das er ordnungsgemäß auf Rezept erworben habe. ⁴⁰⁷⁾ Larenz führt dazu aus: "Weder der Fabrikant, noch der Apotheker, der das Mittel verkauft hatte, noch der Arzt, der das Rezept ausgestellt hatte, haben hier Tötungshandlungen begangen. Sie haben lediglich entfernte, wenn auch - angesichts der Häufigkeit solcher Begebnisse - adäquate Ursachen für den eingetretenen Tod gesetzt. Die Handlung des Fabrikanten war mit der Abgabe des Mittels an die Apotheke, die des Apothekers mit der Übergabe an den Käufer, die des Arztes mit der Ausstellung und Übergabe des Rezeptes beendet. Was weiter mit dem Mittel geschah, lag jenseits ihrer Handlungen und trägt daher zu deren Qualifikation nichts mehr bei." ⁴⁰⁷⁾ Dem ist beizupflichten. Es wäre in der Tat absurd, z. B. dem Hersteller von Küchengeräten wie Messern und Scheren zu sagen, er habe eine unvorsätzliche Körperverletzung begangen, wenn damit wirklich einmal ein Unfall geschieht. Es fällt auf, daß bei all diesen Beispielen nicht davon die Rede sein kann, den adäquaten Verursacher treffe im Augenblick des Schadenseintritts noch eine Verkehrspflicht. So lassen sich auch die Bedenken von Caemmerers zerstreuen: Traf den Hersteller des Leuchtgases wirklich keine Verkehrspflicht - etwa weil er für den Zustand der Zuleitungsrohre nicht verantwortlich war - so war seine Handlung mit der Abgabe des Gases an den Zuleitungsbetrieb abgeschlossen. ⁴⁰⁸⁾ Als Tä-

404) Wandlungen, S. 78 Anm. 118

405) Rechtswidrigkeit, S. 182 ff

406) a. a. O., S. 183

407) a. a. O., S. 187

408) vgl. auch Larenz, S. 188 gegen Reinhardt in Karlsruher Forum, 1961, 8

ter kommt demnach in diesen Fällen nur derjenige in Betracht, dem eine solche Pflicht obliegt. Ob er ihr dann nachkommt, ist keine Frage der Tatbestandsmäßigkeit mehr, sondern der Rechtswidrigkeit.

b) Mit der Feststellung, daß auch die Prämissen der 'extremen Modernisten' die Wirklichkeit verfehlen, ergibt sich, daß der Tatbestand des unvorsätzlichen Delikts als 'offen' aufzufassen ist. Die Rechtswidrigkeit muß also besonders begründet werden und folgt nicht schon aus der Tatbestandsverwirklichung. Dem Tatbestand fällt hier nur die Aufgabe zu, darauf hinzuweisen, daß eine solche Prüfung des Verhaltens auf seinen Widerspruch zur Rechtsordnung überhaupt in Betracht kommt. Dadurch hebt er es zugleich aus der Vielzahl rechtlich völlig bedeutungsloser Tätigkeiten heraus. Aus welchen Kriterien sich das Urteil der Rechtswidrigkeit herleiten läßt, ist damit noch nicht entschieden. Zwei Wege sind zur Lösung dieser Frage beschritten worden; Manche entnehmen der Bestimmung des § 7 II StVG die Formel, nach der sie die vorsatzlose Tat rechtlich bewerten wollen.⁴⁰⁹⁾ Andere - und das sind die 'gemäßigten Modernisten' - erblicken in dem objektiven Sorgfaltsverstoß nach § 276 I 2 BGB die Widerrechtlichkeit der unvorsätzlichen Handlung.⁴¹⁰⁾ Einer dieser beiden Lehren wird man sich anzuschließen haben. Es bedarf daher der Untersuchung, welcher von ihnen der Vorzug gebührt.

4. a) Hauptsächlichlicher Verfechter der Ansicht, die Vorschrift des § 7 II StVG enthalte einen, auch über den Bereich des Straßenverkehrsrechts hinausgehenden, allgemeinen Rechtsbefehl an den Bürger, bei seinem Verhalten äußerste, noch zumutbare Sorgfalt zu erbringen, ist Clauß.⁴¹¹⁾ Er versucht, zwischen der älteren Lehre und den Modernisten zu vermitteln, und lehnt die Ergebnisse der einen wie der anderen Richtung ab.⁴¹²⁾ Seiner Ansicht nach wird der Verkehr durch die Forderung äußerster Sorgfalt nicht lahmgelegt.⁴¹³⁾ Er geht so-

409) s. o. II 4

410) s. o. II 3 a

411) besonders in VersR 63, 996 ff; ihm kommt in mancher Hinsicht Larenz nahe, der auf den jeweiligen Stand der Erkenntnis abstellen will und ein Verhalten für rechtswidrig erklärt, wenn nur einer die Gefährlichkeit des Tuns bzw. die Unvermeidbarkeit des Schadenseintritts hätte erkennen können (z.B. Rechtswidrigkeit, S. 191 u. Schuldrecht I, § 19 IV); vgl. zum Höchstmaß an Sorgfalt auch Deutsch, a. a. O., S. 124 f

412) VersR 63, 999

413) NJW 62; 1708, 1709

weit zu sagen, der Gesetzgeber könne nicht nur, er müsse vom Kraftfahrer mehr verlangen als nur die Einhaltung der Verkehrsvorschriften. ⁴¹⁴⁾ Es erscheint fraglich, ob diese Thesen einer eingehenden Überprüfung standhalten. Zunächst muß darauf hingewiesen werden, daß § 7 II StVG den Abs. I dieser Bestimmung einschränkt. Er kommt also von der Gefährdungshaftung her, deren Schneidigkeit er für gewisse Fälle mildern will, und stellt nicht etwa eine Erweiterung der Deliktshaftung dar. Sodann stimmt der Satz bedenklich, der Gesetzgeber müsse den Verkehrsteilnehmer über die Beobachtung der Verkehrsregeln hinaus verpflichten. ⁴¹⁵⁾ Weshalb wird dann das Verkehrsrecht nicht gleich in entsprechend schärferer Weise ausgestaltet? Auch geht es kaum an, die Vorschrift des § 7 II StVG, die übrigens auf den Halter absteilt und dessen Haftung im Auge hat, über das Gebiet des Straßenverkehrs hinaus auf jedes Verhalten zu erstrecken. Schon dem Halter nutzt die Anwendung äußerster Sorgfalt nichts, wenn nicht die Ursächlichkeit Dritter für den Schaden hinzukommt, ist das aber einmal der Fall, so geht das Gesetz davon aus, daß hier ausnahmsweise die Gefährlichkeit des Betriebes nicht ausreicht, um dem Halter den eingetretenen Erfolg zuzurechnen. Diese Erwägungen fallen beim Fußgänger oder bei Personen, die sich überhaupt nicht am Straßenverkehr beteiligen, fort. Das beweist, daß man eine gesetzliche Regelung nicht ohne weiteres auf andere Sachverhalte anwenden kann, ohne ihr eigentliches **τέλος** zu berücksichtigen. Anderenfalls würden die Grenzen einer zulässigen Analogie überschritten. Wenn Clauß es bemängelt, daß die Modernisten dem Rechtsgenossen 'nur' die Sorgfalt des § 276 I 2 abverlangen, ⁴¹⁶⁾ so übersieht er in dessen Formel das Wörtchen 'erforderlich'. Dasselbe enthält zwei Bezüge: Einmal begrenzt es die Sorgfaltsanforderungen auf ein Maß, bei dem der Verkehr im Flusse bleibt; zum anderen aber verlangt es eine Sorgfalt, deren Beobachtung bei Aufrechterhaltung des Verkehrs Verletzungen auf ein Minimum herabsetzt. So gesehen, kann man durchaus davon sprechen, daß schon § 276 I 2 BGB jede

414) a. a. O., S. 1710; vgl. im übrigen die Darstellung oben II 4

415) Das hat nichts mit der Frage zu tun, ob die Verkehrsvorschriften eine geschlossene Regelung darstellen und nicht etwa ergänzungsbedürftig sind. Richtiger Ansicht nach ist diese Frage zu verneinen. Der Verordnungsgeber hat selbst mit § 1 StVO den Einzelregelungen eine Generalklausel vorgeschaltet. Diese stellt gleichsam eine Klammer zum zivilen Deliktsrecht dar und läßt es zu, im konkreten Falle zusätzlich zu den Verkehrsvorschriften über § 276 I 2 BGB weitere Verhaltenspflichten zu verlangen. Ausführlich zu diesem Problem Deutsch, a. a. O., S. 157 - 178.

416) NJW 62; 1708, 1709 u. VersR 63, 996 ff 998

dem Durchschnittsbürger zumutbare Sorgfalt fordert. Was dieser zu leisten vermag, hat er auch zu erbringen. Die Rechtsprechung zum Anwalt-, Notar- und Arztverschulden⁴¹⁷⁾ beweist, daß die Gerichte diesen Rahmen auch voll ausschöpfen, ja teilweise bis zur Grenze der Unmöglichkeit und des Zufalls gehen. Wenn der BGH postuliert:⁴¹⁸⁾ "Der Anwalt hat die Belange seines Auftraggebers nach jeder Richtung wahrzunehmen und die Geschäfte aus eigener Entschliebung so zu erledigen, daß Nachteile für den Auftraggeber vermieden werden, soweit sie voraussehbar und vermeidbar sind", so muß man sich ernstlich fragen, wann denn der Anwalt einmal nicht haftet.⁴¹⁹⁾ Die Bestimmung des § 7 II StVG geht nur deshalb über § 276 I 2 BGB hinaus, weil in ihr das Moment der Zumutbarkeit, das Clauß in sie hineinliest, nicht enthalten ist. Es heißt dort 'jede gebotene Sorgfalt'. Der durchschnittliche Kraftfahrer ist nicht die Leitfigur dieser Vorschrift. Sie stellt auf eine objektive Sachgerechtigkeit ab und nimmt auf die Fähigkeiten des normalen Verkehrsteilnehmers keine Rücksicht. Aus diesen Gründen muß der Lehre von Clauß die Gefolgschaft versagt werden. Das führt dazu, der objektiven Fahrlässigkeit den Platz auf der Ebene der Rechtswidrigkeit des unvorsätzlichen Delikts anzuweisen.

b) α) Das ist auch angemessen. Nur die Formel des § 276 I 2 BGB wendet sich an den Durchschnittsbürger, den allein tauglichen Adressaten einer sinnvollen Rechtsordnung. Verlangen die Gesetze mehr, als der 'homo normalis' zu leisten vermag, so sind die meisten der Rechtsunterworfenen dem Zufall ausgeliefert. Für sie würde sich das Recht zu einer Glocke fügen, die sich wie ein ferner Himmel über ihnen wölbt. Die Gesetzesbefehle könnten ihren gedachten Empfänger nicht erreichen. Die Vorstellung von solch einem erhabenen 'ordo divinarum atque humanarum rerum' ist uns fremd geworden. Sie ist auch nicht vereinbar mit dem in Art. 20 II GG ausgedrückten Verfassungsgedanken. Wenn es dort heißt, daß alle Gewalt vom Volke ausgehe, und die Legislative zu eben dieser Staatsgewalt gerechnet wird, so läßt es sich schwerlich annehmen, daß sich das Volk über seine eigenen Möglichkeiten erheben wolle und damit einverstanden sei, zu mehr verpflichtet zu werden, als es - und Repräsentant dieses 'es' ist der namenlose Wer der Rechtsvorschriften, der Durchschnittsbürger - zu erbringen imstande ist. Eine lebendige Rechtsordnung muß jedermann wissen lassen, "welches Verhalten in einer bestimmten Situation geboten, erlaubt

417) vgl. dazu Scheffler in Karlsruher Forum 1959, 43 ff u. in NJW 61, 577 ff sowie Ostler in NJW 65, 1785 ff.

418) VersR 60, 932; vgl. auch OLG Karlsruhe in NJW 65, 1023 f.

419) vgl. auch Scheffler in NJW 61, 577

oder verboten ist." ⁴²⁰⁾ Sie "enthält gewissermaßen eine Vorplanung menschlichen Verhaltens," ⁴²¹⁾ wobei "menschlich" nicht allein 'von einem Menschen ausgehend', sondern zugleich 'mensenmöglich' heißt. Daraus ergibt sich zunächst, daß die Verhaltenspflichten zwar auf den 'Normalverbraucher' abstellen, nicht aber auch auf eine 'durchschnittliche Lage', denn diese gibt es nicht. Es geht nicht an, die konkrete Situation aus dem Geschehensablauf herauszureißen, sie aller Besonderheiten zu entkleiden und endlich nach einem solchermaßen vom Leben abstrahierten Sachverhalt die Sorgfaltsanforderungen zu bemessen. Aus diesem Grunde kann die Ansicht Essers ⁴²²⁾ nicht gebilligt werden, der das Urteil der Rechtswidrigkeit auf menschliches Handeln in einer generellen Lage bezieht. ⁴²³⁾

β) Es bleibt noch zu fragen, wie der moderne 'diligens pater familias' beschaffen sein, welche Eigenschaften und Fähigkeiten er besitzen muß, um seiner Rolle als Repräsentant des Volkes und Adressat der Rechtsordnung gerecht zu werden. Deutsch nennt diese Figur im Anschluß an Brodmann ⁴²⁴⁾ einen 'homunculus', der von dem Durchschnitt, den er doch vertreten solle, weit entfernt sei. ⁴²⁵⁾ Das ist gewiß zutreffend, denn ein Mensch, der in jedem Augenblick seines langen Lebens mit durchschnittlicher Sorgfalt handeln würde, wäre in Wahrheit ein Übermensch. Dennoch ist die Gestalt des 'prudenter et diligenter agens' die für eine praktikable Rechtsanwendung Brauchbarste. Es ist selbstverständlich, daß ein Mensch nicht alle denkbaren Tätigkeiten und noch dazu mit der dafür erforderlichen Sorgfalt ausführen und beherrschen kann.

γ) Das zeigt zugleich, daß in Wahrheit diese Tätigkeit selbst im Vordergrund steht. Deshalb müssen sich auch gegen eine Berücksichtigung individueller Tütereigenschaften und einer Erfassung derselben in Tätergruppen Bedenken erheben. ⁴²⁶⁾ Im Vertragsrecht sind die Dinge unproblematisch, da hier spätestens

420) von Caemmerer, Wandlungen, S. 129

421) Zeuner in JZ 61, 41 ff 43; vgl. auch Rost, a. a. O., S. 40.

422) s. die Darstellungen oben II 2

423) in Karlsruher Forum 1959, 17

424) in AcP 99, 327 ff 345

425) a. a. O., S. 127. Ganz allgemein zu den "Fahrlässigkeitsmaßstäben im Zivilrecht" Larenz in seinem gleichlautenden Beitrag a. a. O. sowie Dieter Lorenz, Der Maßstab des einsichtigen Menschen, Diss. München 1965.

426) dagegen schon Leonhard, Fahrlässigkeit und Unfähigkeit, S. 9 ff und jetzt besonders Enneccerus-Nipperdey, S. 1311

die Auslegung zu angemessenen Ergebnissen führt. Es sollte nicht zweifelhaft sein, daß z. B. ein Handwerksmeister, der einen noch jugendlichen Lehrling zur Mithilfe heranzieht, sich gegenüber seinem Vertragspartner nicht auf den Umstand berufen kann, der Gehilfe sei noch jung und habe auch noch nicht ausgelernt. ⁴²⁷⁾

§ 278 BGB, der gegenüber der Bestimmung des § 831 BGB eine verschärfte Haftung auslösen soll, kann hier nicht gerade das Gegenteil bewirken. ⁴²⁸⁾ Anders im Deliktsrecht. Hier führt die Unterscheidung nach individuellen Gruppenmerkmalen zu verschiedenen Ergebnissen. Im Vordergrund steht dabei die Berücksichtigung des Lebensalters. So hatte der BGH erst kürzlich den Sachverhalt zu beurteilen, daß ein Zwölfjähriger beim Spiel seinen Kameraden am Auge verletzt hatte. ⁴²⁹⁾ Nach der Feststellung, daß der Beklagte bei Begehung der Handlung die zur Erkenntnis seiner Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht gehabt habe, fährt das Gericht fort ⁴³⁰⁾: "Die hiermit gemeinte verstandesmäßige Fähigkeit, das Unrecht einer schädigenden Handlung und die Verpflichtung zu erkennen, in irgendeiner Weise für die Folgen seines Tuns eintreten zu müssen, ist aber durchaus nicht immer schon das Kennzeichen eines Standes der geistigen Entwicklung, der es rechtfertigt, den Jugendlichen deliktrechtlich wie einen Erwachsenen zu behandeln. Hinter der Einsicht in die Verantwortlichkeit kann die Fähigkeit, das Gefährliche eines Vorganges oder Zustandes zu erkennen und den Handlungswillen entsprechend dem verkehrsgemäßen Sollen zu bestimmen, in einer für bestimmte Altersstufen geradezu typischen Weise zurückbleiben." Dennoch bejaht der BGH die Anwendbarkeit des § 829 BGB. Das wirft ein bezeichnendes Licht auf die Lehre von der 'Gruppenfahrlässigkeit'. Zunächst wird eine Ausnahme von der allgemeinen Regel gemacht und dann, wenn das so erzielte Ergebnis nicht zu sachgerechten Lösungen hinführt, mit einer weiteren Ausnahme versucht, die anfangs geschaffene Unebenheit wieder zu glätten. Wer feststellt, daß eine Haftung nach § 823 BGB nicht in Betracht kommt, obwohl § 828 II BGB nicht eingreift, kann den Weg über § 829 BGB nicht beschreiten. Diese Vorschrift stellt eindeutig darauf ab, daß die §§ 827, 828 BGB zur Anwendung gelangen. Wäre die These des BGH richtig, so müßte sich, wie Mezger das zutreffend bemerkt, auch ein Greis die Bestimmung des § 829 BGB entgegenhalten lassen. ⁴³¹⁾ Der BGH benötigt, um schließlich zu einem brauchbaren Resultat zu gelangen, zwei verschiedene Sorgfaltsmaßstäbe: den individuellen für die allgemeinen Voraus-

427) zutreffend BGH in BGHZ 31, 358 ff

428) was er aber tun würde, wollte man die 'Gruppentheorie' konsequent durchführen.

429) BGHZ 39, 281 ff

430) BGHZ 39, 285 f

431) MDR 54, 597

setzungen einer deliktischen Haftung bei Jugendlichen, einen objektiven für die Sondervorschrift des § 829 BGB. Folgerichtiger wäre es, den § 828 II BGB so zu lesen, daß neben der zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderlichen Einsicht auch die Fähigkeit verlangt wird, nach dieser Einsicht zu handeln. 432) Das ist der Gedanke der §§ 51 StGB, 3 JGG. § 828 BGB zielt erkennbar auf den Schutz Minderjähriger ab, die in ihrer Entwicklung und in der Entfaltung ihrer werdenden Persönlichkeit nicht gehemmt werden sollen. Dann darf man aber nicht auf halbem Wege stehen bleiben. Die Erkenntnis der eigenen Verantwortlichkeit besagt nichts, solange sie nicht motivierend wirkt.

f) Das Problem der Berücksichtigung gruppenmäßig-individueller Täteneigenschaften ist hier nicht in allen Einzelheiten zu erörtern, 433) ebenso wenig die Frage nach einer Einteilung in Verkehrskreise und Tätigkeitsbereiche. 434) Das würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, die darauf angelegt ist, zum Streit um die Einordnung der Fahrlässigkeit im Zivilrecht aus dem Blickwinkel der Rechtfertigung beizutragen. Bevor aber im folgenden und zugleich letzten Abschnitt die Richtigkeit der vorgenommenen Einordnung anhand der wichtigsten einschlägigen Bestimmungen des BGB überprüft wird, bedarf es noch einer Untersuchung der Lehre der Subjektivisten, die eine Haftung für fahrlässiges Verhalten davon abhängig machen, daß der objektive Sorgfaltsverstoß dem Handelnden auch vorwerfbar sein müsse. 435) Der praktische Unterschied dieser Lehre zur Theorie von der 'objektivierten' Fahrlässigkeit sollte nicht überbewertet werden. Regelmäßig wird man demjenigen, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat, das auch persönlich vorwerfen können. So das ausnahmsweise einmal nicht der Fall ist, wird die Haftung zumeist einen Dritten treffen, der den Handelnden an einer diesen überfordernden Stelle eingesetzt hat. Das gilt auch für den 'Lauffener Schrankenfall', den von Caemmerer in

432) so auch Mezger, MDR 54, 598; vgl. zu dieser Frage auch Koebel in NJW 56, 969 ff sowie die Entscheidungen des OLG Braunschweig in VersR 54, 406 und des OLG Neustadt in VersR 55, 178

433) vgl. die Darstellung bei Deutsch, a. a. O., S. 127 ff

434) s. dazu die ablehnende Stellungnahme Leonhards (Fahrlässigkeit und Unfähigkeit, S. 10), der es für willkürlich hält, zwar den Beruf zu berücksichtigen, nicht aber z.B. Geschlecht, Alter u. dgl. Hier übersieht Leonhard aber doch wohl die Verschiedenartigkeit der Merkmale. Jenes ist nicht 'täter-' sondern 'tatbezogen' und daher generell; diese sind hingegen individuell.

435) vgl. dazu oben II 1 b u. II 3 d

die Diskussion gebracht hat.⁴³⁶⁾ Wenn Nipperdey sich für seine Thesen auf die §§ 327 ff BGB beruft,⁴³⁷⁾ so ist das nicht überzeugend. Mit mindestens der gleichen Berechtigung könnten auch die Objektivisten diese Vorschriften für sich ins Feld führen und behaupten, daß der Gesetzgeber im übrigen auf individuelle Mängel keine Rücksicht haben nehmen wollen. Es ist nicht Aufgabe des zivilen Deliktsrechts, den Täter zu bewerten.⁴³⁸⁾ Der Verzicht auf die Voraussetzung der Schuld⁴³⁹⁾ ist so unbillig nicht, wie die Subjektivisten es meinen. Wiethölter trifft den richtigen Kern, indem er sagt⁴⁴⁰⁾: "Hinter dem Ausschluß der Schuldprüfung steckt vielmehr die uralte, logisch zwar nicht korrekte, aber psychologisch und normativ sicher brauchbare Idee, daß das schuldlose Opfer immer noch schuldloser sei als der schuldlose Täter." Desgleichen geht der Hinweis Nipperdeys⁴⁴¹⁾ auf die tragenden Grundgedanken der Verfassung fehl. Es verstößt durchaus nicht gegen die Würde des Menschen, wenn dieser für einen von ihm angerichteten Schaden auch einmal einzustehen hat, wenn ihn kein persönlicher Vorwurf trifft. Art. 2 I GG stellt ausdrücklich fest, daß das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit durch die Rechte anderer begrenzt wird. Auch das Argument, daß dann Vorsatz und Fahrlässigkeit hinsichtlich des Verschuldens verschieden behandelt würden, ist nicht stichhaltig.⁴⁴²⁾ Schon die strukturelle Andersartigkeit läßt eine unterschiedliche Behandlung durchaus zu. Im übrigen hat erst jüngst Geilen⁴⁴³⁾ nachgewiesen, daß auch im Rahmen der vorsätzlichen Tat eine Typisierung denkbar ist, indem man zwischen dem subjektiven Bewertungsgegenstand und der objektiven Gegenstandsbewertung differenziert.

436) Karlsruher Forum 1961, 25; dazu richtig Deutsch, a. a. O., S. 330 Anm. 18

437) Enneccerus-Nipperdey, S. 1323

438) vgl. Wiethölter, a. a. O., S. 47

439) im echten Sinne einer individuellen Vorwerfbarkeit verstanden.

440) a. a. O., S. 49

441) Enneccerus-Nipperdey, S. 1324

442) so richtig Wiethölter, a. a. O., S. 47

443) JZ 64, 6 ff

Aus diesen Gründen verdient die Ansicht den Vorzug, die unter der Fahrlässigkeit lediglich den objektiven Sorgfaltsverstoß versteht. 444), 444a) Wer dagegen den Verschuldensgedanken auch in diesem Bereich wirklich wahrnehmen will, kommt, worauf Wiethölter mit Recht aufmerksam macht, 445) nicht um eine Auseinandersetzung mit der Frage herum, was denn bei der Fahrlässigkeit - und hier besonders bei der unbewußten - den Schuldvorwurf begründen soll. 445a) Das Problem der subjektiven Willensbeziehung des Täters zu seiner nicht gewollten Tat ist auch heute noch durchaus ungelöst. Wer wie Welzel 446) im Sorgfaltsmangel die willensmäßig unzulänglich erworbene Einstellung auf Gefahren erblickt, erweckt das Gespenst eines Dauerverschuldens zum Leben.

444) Eine Abweichung von dieser Regel gestatten die Bestimmungen des Familien- und Erbrechts. Hier kann von einem echten 'Verkehr', der zu seiner Durchführung der Typisierung bedarf, nicht gesprochen werden. Die Ehegatten und Familienangehörigen haben einander mit den jeweiligen individuellen Mängeln zu nehmen, die ihnen ja auch hinreichend bekannt sind. Das in § 276 I 2 BGB enthaltene Vertrauensprinzip entfaltet hier keine Wirkungen. Vgl. dazu die eingehenden Untersuchungen von Deutsch, a. a. O., S. 372 ff. Gleiches gilt für den Ersatzanspruch aus § 847 BGB, soweit er eine Genugtuung bezweckt, die ohne individuelle Vorwerfbarkeit und damit Ansprechbarkeit des Handelnden ihr Ziel verfehlt. S. auch hierzu Deutsch, a. a. O., S. 338 ff.

444a) Larenz (Über Fahrlässigkeitsmaßstäbe im Zivilrecht S. 125) versucht, die unterschiedliche Behandlung auf ein allgemeineres Prinzip zurückzuführen. Er meint, daß - abgesehen von den Eigentümlichkeiten des Familienrechts - die individuellen Fähigkeiten immer dort zu berücksichtigen seien, wo die zivilrechtliche Sanktion strafähnlichen Charakter habe. Soweit es aber um bloße Risikoverteilung gehe, müsse auf den objektivierten Sorgfaltsmaßstab abgestellt werden. Dabei dürfe es hinsichtlich der Vertragshaftung und der allgemeinen Deliktshaftung keine Unterschiede geben (S. 127). - Diese Erwägungen sind billigenswert, da sie die Differenzierung nicht von dogmatischen Gesichtspunkten aus herbeiführen, sondern es ermöglichen, in jedem Einzelfalle nach Sinn und Zweck der Haftungsnorm oder nach der ihr zugrunde liegenden Wertung zu fragen.

445) a. a. O., S. 47

445a) dazu neuestens Jescheck, Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht (1965), S. 21 f

446) ZStW 60, 468 ff

5. Nach allem steht fest, daß die Fahrlässigkeit des § 276 I 2 BGB objektiv aufzufassen ist und ihren Platz auf der Stufe der Rechtswidrigkeit der unvorsätzlichen, unerlaubten Handlung hat. Ob diese Einordnung mit dem geltenden Recht in Einklang steht, soll nunmehr noch an einigen wesentlichen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts untersucht werden.

V. ÜBERPRÜFUNG DER BISHERIGEN ERGEBNISSE

Besonders häufig und eindringlich wird gegenüber der Lehre der Modernisten, die Fahrlässigkeit sei das konstituierende Unrechtselement der unvorsätzlichen Handlung, eingewandt, diese Auffassung sei mit den gesetzlichen Voraussetzungen der Notwehr nicht zu vereinbaren.⁴⁴⁷⁾ Die Berechtigung dieses Vorhalts wird zu untersuchen sein. Alsdann soll zu der Frage Stellung genommen werden, wie sich die vollzogene Einordnung der Fahrlässigkeit zu dem System der petitorischen und possessorischen Abwehransprüche verhält. Schließlich sind noch einige Probleme im Bereich des zivilen Deliktsrechts zu klären. Vor allem bedarf es einer abschließenden Erörterung der Lehre von Caemmerers zum unvorsätzlich-finalen Eingriff in fremde Rechte.

1. § 227 II BGB gestattet Notwehr nur gegenüber einem rechtswidrigen Angriff. Wer also wie die Modernisten das sorgfältige Verhalten nicht als widerrechtlich betrachtet, muß entweder dazu gelangen, einem gleichwohl in seinen Rechten Bedrohten die Notwehrbefugnis zu versagen, oder aber eingestehen, daß sein Rechtswidrigkeitsbegriff sich zumindest nicht mit der Terminologie des § 227 II BGB deckt. Von Caemmerer folgt der ersten Alternative.⁴⁴⁸⁾ Er gibt zu, daß die Rechtsordnung Notwehr auch gegenüber Angriffen zulassen könne, bei denen den Angreifer kein subjektiver Vorwurf treffe, und weist darauf hin, in den meisten Rechten werde so entschieden. Dann aber fährt er fort⁴⁴⁸⁾: "Erklärt sie (die Rechtsordnung)⁴⁴⁹⁾ aber ein Verhalten für rechtmäßig, womit gesagt ist, daß es in analoger Situation wiederholt werden kann, dann muß sie damit auch entscheiden, daß Dritte dieses Verhalten hinzunehmen haben." Für besondere Fälle zieht von Caemmerer Notstandsgesichtspunkte in Erwägung.⁴⁵⁰⁾ Der Streit sollte in seinen Auswirkungen für die Praxis nicht überschätzt werden.⁴⁵¹⁾ Lebensnahe Beispiele sind bislang für einen Fall der Notwehr gegenüber ordnungsgemäßigem Handeln nicht gegeben worden. Dem steht einmal entgegen, daß, falls der Angegriffene bemerkt, das Vorgehen des anderen werde ihm Schaden bringen, es auch der Angreifer normalerweise feststellen müßte; und dann

447) s. o. II 1 a.u. Anm. 71, 72

448) Karlsruher Forum 1961, 23 r. Sp.; ähnlich Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 354

449) Klammer stammt vom Verfasser

450) ähnlich auch Zeuner in JZ 61; 41, 42 sowie Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 371

451) so auch Wiethölter, a. a. O., S. 54

könnte von Sorgfalt keine Rede sein. Zum Anderen werden zur Veranschaulichung des Problems Situationen aus dem Straßenverkehr gebildet, ⁴⁵²⁾ aber es wird nicht dazu gesagt, wie eine Beseitigung der Gefahr denn nun verwirklicht werden soll. Rudolf Schmidt bringt den Fall, daß ein Kraftfahrer ins Schleudern gerät und in eine Gruppe von Menschen hineinzurasen droht, ⁴⁵³⁾ Er hält es für möglich, daß es einem Nothelfer gelingen könnte, im letzten Augenblick ein wirksames Hindernis zwischen den von der Fahrbahn abkommenden Wagen und die bedrohten Personen zu schieben, und fordert, daß dies auch gestattet sein müsse. Der Nothelfer, der soviel Zeit hat, täte besser daran, die gefährdeten Menschen durch Zuruf auf die Gefahr aufmerksam zu machen. Hält man sich also vor Augen, daß die Diskussion von beiden Seiten in diesem Punkte der Praxis wenig dient, so mögen einige Bemerkungen zur dogmatischen Bewältigung des Problems erlaubt sein. Es ist bereits dargestellt worden, ⁴⁵⁴⁾ daß die Modernisten die Entscheidung über die Zulässigkeit der Notwehr davon abhängig machen, ob der Eingriff geduldet werden müsse oder nicht. Sie erwecken damit eine Kategorie wieder zum Leben, die schon H. A. Fischer bekannt war, nämlich die des rechtlich Indifferenten, ⁴⁵⁵⁾ Dagegen hat sich Deutsch ⁴⁵⁶⁾ gewandt mit der Behauptung, entweder laufe ein Verhalten der Rechtsordnung zuwider, dann sei es auch rechtswidrig, oder es entspreche ihr, dann sei es rechtmäßig. Nun ist schon zu der Frage nach der Rechtfertigungsmöglichkeit unvorsätzlichen Handelns nachgewiesen worden, ⁴⁵⁷⁾ daß diese nicht in Betracht kommt. Wer, ohne es zu wollen, einen Schadenserfolg herbeiführt, kann sich nicht darauf berufen, er habe dabei eigene Rechte wahrgenommen. Zwischen dem Verbotenen und dem Erlaubten gibt es den Bereich des Unverbotenen, "worauf nicht direkt ein Rechtsanspruch besteht," ⁴⁵⁸⁾ Wer trotz sorgfältigen Tuns in einen fremden Rechtskreis einbricht, hatte gewiß kein Recht dazu, wohl aber handelt er nicht rechtswidrig. Hierin liegt die Besonderheit der unvorsätzlichen Tat, der der Bezug auf ein geltend zu machendes Recht fremd ist. Aus diesem Grunde ist der Satz der Modernisten zu billigen, es komme wegen der Notwehr auf das Vorhandensein einer Duldungspflicht an. Das 'Sich-im-Recht-Bewegen' des ungewollt Handelnden ist nicht so schutzwürdig,

452) z.B. Welzel, Verkehrsdelikte, S. 27 f

453) NJW 58, 488

454) s.o. II 3 a

455) Rechtswidrigkeit, S. 118 ff; sie hat mit dem rechtlich Irrelevanten (s.o. IV 3 a) nichts zu tun

456) a.a.O., S. 242

457) s.o. III

458) Fischer, Rechtswidrigkeit, S. 189

als daß es der Betroffene hinzunehmen hätte. Das ist auch dem Laien verständlich, der sich einerseits fragt, was er denn über die Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt noch tun müsse, um nicht gegen die Rechtsordnung zu verstoßen, zum Anderen aber zugeben wird, daß ihm Dritte ihre Rechtsgüter nicht schutzlos preisgeben müssen. Daher findet Notwehr gegenüber sorgfältigem Verhalten statt. Die Gegenansicht ist auch äußerst unpraktikabel. Wie soll wohl der Angegriffene in seiner Zwangslage beurteilen können, ob der Angriff auf einer Sorgfaltswidrigkeit beruht oder nicht? 458a) Der Gesetzgeber kann ihm diese Entscheidung in einer solchen Situation, die ohnehin seine ganze Aufmerksamkeit erfordert, nicht auch noch aufbürden.

2) Ähnlich liegt das Problem bei den possessorischen und petitorischen Abwehransprüchen. Auch hier geht es vornehmlich darum, ob der Betroffene die Entziehung oder Störung seines Besitzes bzw. die Gefährdung oder sonstige Beeinträchtigung seiner Eigentümerstellung zu dulden hat,

a) Besondere Schwierigkeiten scheint den Anhängern der neuen Lehre die Vorschrift des § 858 BGB zu bereiten, die *expressis verbis* erklärt, der Besitzer handle widerrechtlich. Nipperdey 459) begnügt sich mit dem Hinweis, daß die sachlichen Fragen hier die gleichen seien wie bei der Notwehr. Das aber reicht doch wohl nicht aus, um dem so eindeutig erscheinenden Gesetzeswortlaut gerecht zu werden. Eine genaue Betrachtung ergibt nun aber, daß die genannte Bestimmung offensichtlich vom Vorsatz ausgeht und die strukturelle Eigenart fahrlässigen Verhaltens nicht berücksichtigt. § 368 I BGB soll eine Begriffsbestimmung der verbotenen Eigenmacht geben. Das Wort 'eigenmächtig' verbindet sich gedanklich sofort mit vorsätzlichem Handeln. 460) Wer eigenmächtig vorgeht, setzt sich bewußt über den Umstand hinweg, daß er sich zuvor der Billigung der zuständigen Person versichern müßte. Auch der Gesetzgeber hat diese Vorstellung im Blick, indem er von der verbotenen Eigenmacht die Fälle ausnimmt, in denen die Entziehung oder die Störung gestattet sind. Es war nun aber gerade vornehmlicher Gegenstand dieser Arbeit, nachzuweisen,

458a) Dieses Bedenken kommt wohl auch Münzberg (Verhalten und Erfolg, S. 354), der sich dann aber mit dem Hinweis zufrieden gibt, daß gerade in solchen Situationen der "Instinkt Erstaunliches" leiste.

459) Enneccerus-Nipperdey, S. 1298 Anm. 88

460) So haben denn auch noch Bendix (in Das Recht 1900, 70) und Josef (in Arch BürgR 15, 275) angenommen, daß zur verbotenen Eigenmacht ein auf Entziehung bzw. Störung des Besitzes gerichteter Wille gehöre.

daß der ungewollt Handelnde sich auf solche Erlaubnissätze nicht stützen kann. Damit ist mit dem § 858 I BGB erneut eine Vorschrift entdeckt, die der Besonderheit der vorsatzlosen Tat nicht gerecht wird. Daß besagt nicht, daß sie etwa den Kreis der fahrlässigen oder auch sorgfältigen Handlungen nicht erfaßt. Es war nur zu zeigen, daß der Fall der verbotenen Eigenmacht kein Argument für die Aufrechterhaltung der Erfolgsunrechtslehre hergibt. Im übrigen ^{460a)} aber stellt sich hier das Problem genauso wie für die Notwehr.

b) Im Prinzip erfordert auch der Tatbestand des § 1004 BGB ⁴⁶¹⁾ keine andere Behandlung. Gerade ihn aber haben die Anhänger beider Lehren in den Mittelpunkt der Diskussion gerückt. Dabei können die Modernisten den Gesetzeswortlaut ausnahmsweise einmal für sich buchen, denn § 1004 II BGB schließt den Abwehranspruch des Abs. I aus, 'wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist', stellt also nicht ausdrücklich auf die Widerrechtlichkeit der Beeinträchtigung ab. Es hat sich aber schon erwiesen, daß dem Problem mit bloßer Wortinterpretation von keiner Seite beizukommen ist. Sie kann daher hier vernachlässigt werden.

α) Soweit es den Unterlassungsanspruch angeht, sind die Dinge unproblematisch. Es sollte nicht bestritten werden, daß die auf sorgfältigem Verhalten beruhende Gefährdung hinzunehmen ist. Für den Bereich der Gefährdungshaftung ist das denn auch allgemein anerkannt. ⁴⁶²⁾ Es muß aber auch für jede andere erlaubte Tätigkeit gelten. Menschliches Handeln, das wichtigste Mittel zur Persönlichkeitsentfaltung, birgt in seinem Kern immer zugleich auch Gefahren für andere. Das Sorgfaltsgebot des § 276 I 2 BGB beschränkt dieses Gefährdungsmoment ebenso, wie die Sicherheitsvorschriften die mit dem riskanten Unternehmen notwendig verknüpften unerwünschten Folgen eindämmen sollen. Innerhalb des dadurch gesteckten Rahmens ist die nicht beabsichtigte Gefährdung erlaubt. Wer, wie Deutsch ⁴⁶³⁾, eine abweichende Meinung vertritt, muß immerhin zugeben, daß die praktischen Konsequenzen gegenüber der hier dargestellten Auffassung gering sind. ⁴⁶⁴⁾

460a) das sei Nipperdey durchaus zuzugeben.

461) dazu grundsätzlich Boehmer, Grundlagen, Bd. I S. 28 f und 37 ff

462) vgl. hierzu schon oben IV 2 a a. E.

463) a. a. O., S. 261 f

464) a. a. O., S. 262

^β) Mit größerem wissenschaftlichen Aufwand wird der Streit um den Beseitigungsanspruch geführt. ⁴⁶⁵⁾ Die h. L. verpflichtet denjenigen zur Beseitigung, auf dessen Verhalten der den Eigentümer beeinträchtigende Zustand beruht. Eine reine Sach- oder Zustandshaftung wird allgemein abgelehnt. ⁴⁶⁶⁾ Dabei wird regelmäßig mit der schon vom RG ⁴⁶⁷⁾ benutzten Formel gearbeitet, daß die Beeinträchtigung wenigstens mittelbar auf den Willen des Störers zurückzuführen sein müsse. ^{467a)}

Dieser Argumentation steht zunächst einmal die Tatsache entgegen, daß der Gesetzgeber den Tatbestand des § 1004 BGB als einen Sonderfall des allgemeinen Eigentumsanspruches auffaßt. Das ergibt sich aus dem Halbsatz "Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt". ⁴⁶⁸⁾ Für den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB verlangt nun aber niemand, daß er von einem 'willentlichen' Verhalten des Besitzers abhängig sein müsse. Der Eigentümer kann die ihm entzogene oder sonstwie aus seinem Herrschaftsbereich gelangte Sache zurückfordern, weil sie ihm und nicht dem anderen gehört. Das Eigentum selbst ist es, das hier den Anspruch verleiht. Auf ein Handeln des Besitzers kommt es nicht an. Das beweisen schon die Fälle des 'Besitzers wider Willen', der selbst gar nichts zur Besitzerlangung getan hat. Der Landwirt muß das ihm zugelaufene Huhn ebenso herausgeben wie der Eigentümer eines Gartens den Hut, den ein Windstoß dem Passanten vom Kopf und über die hohe Mauer gefegt hat. ⁴⁶⁹⁾ Es ist nicht zwingend, beim Beseitigungsanspruch anders zu verfahren. ⁴⁷⁰⁾

Hinzu kommt, daß die Rückführung auf den Willen des Störers zu seltsamen Fiktionen führt. Baur bildet das Beispiel, daß jemand einen Baukran unter Anwen-

465) vgl. dazu Baur in AcP 160, 465 ff; Stoll in JZ 58, 139 f u. in AcP 162, 203 ff; Pleyer in AcP 156, 291 ff u. in JZ 59, 305 ff; von Caemmerer in Karlsruher Forum 1961, 23 ff; Wiethölter, a. a. O., S. 54 ff; Deutsch, a. a. O., S. 261 ff

466) vgl. u. a. BGHZ 19, 126 ff; 28, 110 f; 29, 314 ff 317 sowie BGH in NJW 60, 2335 u. in MDR 61, 222

467) RGZ 134, 231 ff 234; 149, 205 ff 210; 159, 129 ff 136

467a) vgl. RGZ 155, 319

468) Dazu auch von Caemmerer in Karlsruher Forum 1961, 24 I. Sp. unten und Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 379 ff, der ferner auf den Grundbuchberichtigungsanspruch aus § 894 BGB hinweist, der auch kein rechtswidriges Verhalten voraussetze (a. a. O., S. 381)

469) Das Recht der Nacheile (§ 867 BGB) kann hier außer Betracht bleiben

470) Zutreffend Stoll in AcP 162, 203 ff 225

dung der erforderlichen Sorgfalt aufbaut und der Kran später umfällt⁴⁷¹⁾ und dabei zum Teil auf das angrenzende Grundstück gerät. Er hält das für einen Fall der Handlungshaftung.⁴⁷²⁾ Sicherlich kann nicht bestritten werden, daß, wer einen Kran errichtet, auch eine Ursache dafür setzt, daß dieser aus ungeklärten Umständen einmal umstürzen kann. Sachlich unterscheidet sich das aber nicht von dem Fall, bei dem jemand einen Baum pflanzt, den später der Wind bricht, oder ein Haus baut, dessen Ziegel ein Sturm abdeckt und auf das Nachbargrundstück wirbelt. Diese Ereignisse liegen nicht mehr im Vollzuge der eigentlichen Handlung. Auch der BGH hat praktisch die Beschränkung auf eine Handlungshaftung aufgegeben, wenn er das auch nicht zugibt.⁴⁷³⁾ Mit seiner Rechtsprechung zum 'nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis' geht er zwar einen anderen Weg, der aber - genau besehen - nichts anderes ist als eine Erweiterung der Merkmale des § 1004 BGB.⁴⁷⁴⁾ Das erläutert der Sachverhalt, der vor einigen Jahren dem BGH zur Entscheidung vorgelegen hat:⁴⁷⁵⁾ Infolge von Kriegseinwirkungen war die Brandmauer eines Hauses so ausgebaucht, daß sie ein Stück in den Luftraum des Nachbargrundstücks hineinragte. Dessen Eigentümer mußte deshalb einen Neubau in entsprechender Entfernung von der Grenze errichten. Um eine Beschädigung des Gemäuers zu verhindern, ließ dieser den Hohlraum zwischen den beiden Häusern ausfüllen. - Der BGH hat ihm gegen seinen Nachbarn einen Anspruch auf Ersatz der dafür notwendigen Aufwendungen zugesprochen und betont, dieser folge nicht aus § 1004 BGB, sondern ergebe sich aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis. Damit wird dieses Rechtsinstitut aber überfordert. Die Begründung des Gerichts, das Auffüllen sei keine Beseitigung i. S. des § 1004 BGB gewesen, auch kein 'Weniger', sondern ein 'aliud'⁴⁷⁶⁾, überzeugt nicht. Die getroffene Maßnahme war nach der Beseitigung der Ausbauchung selbst, die unverhältnismäßig hohe Kosten verursacht hätte, das geeignete Mittel, einen Zustand zu beenden, der den Bauherrn in seinem Eigentum beeinträchtigte und von dem auch für die Zukunft - wegen der Gefährdung des Mauerwerks durch Ungeziefer - Nachteile zu erwarten waren. Das ist nicht etwa, wie der BGH meint⁴⁷⁶⁾, eine Frage des Schadensersatzes. Es handelt sich nicht um einen Substanzverlust, den der Schädiger auszugleichen hätte, sondern gleichsam um eine 'Überlagerung' des Eigentums durch Einwirkung Dritter.⁴⁷⁷⁾ Mit

471) AcP 160, 465 ff 472

472) s. aber die Bemerkungen von Larenz, Rechtswidrigkeit, S. 196

473) vgl. BGHZ 28, 110 ff 113

474) so richtig Pleyer in JZ 59; 305, 306

475) BGHZ 28, 110 ff

476) BGHZ 28, 113

477) Zur Frage des Unterschiedes zwischen Beseitigungs- und Schadensersatzanspruch vgl. u. a. auch Baur (AcP 160, 465 ff 489 f), der als Faustregel empfiehlt, daß beim Schaden eine Gütereinbuße vorliege, bei Beeinträchtigung aber nur ein erzwungener Verzicht auf den Gütergenuß.

Recht fordert Pleyer, ⁴⁷⁸⁾ der 'Umweg' über das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis solle besser wieder verlassen werden.

Eine Zustandshaftung, die sich in angemessenen Grenzen verhält, widerspricht auch nicht der allgemeinen Lebensanschauung. Es sollte selbstverständlich sein, daß der Eigentümer einen Baum, den ein Sturm entwurzelt und auf fremden Grund und Boden gestürzt hat, forträumt oder der Kraftfahrer seinen Wagen, mit dem er, weil sich die Fahrbahn plötzlich gesenkt hat, vom Wege abgekommen ist, von dem ihm nicht gehörenden Acker abschleppen läßt, auch wenn die Sache für ihn keinen Wert mehr hat. Wer die Vorteile aus dem Eigentum zieht, soll auch dessen Nachteile tragen. Der umfassenden Dispositions- und Herrschaftsbefugnis muß eine ebensolche Verantwortung entsprechen, ⁴⁷⁹⁾ Lediglich bei ganz besonderen Ereignissen wie Naturkatastrophen, Felsstürzen, Krieg ⁴⁸⁰⁾ u. ägl. ist eine Begrenzung der Haftung erforderlich. Hierfür läßt sich möglicherweise der Gedanke brauchbar machen, der im Bereich der Gefährdungshaftung zu einer Einschränkung der Verantwortlichkeit bei höherer Gewalt führt. ⁴⁸¹⁾ Westermann bringt in diesem Zusammenhang den Fall, daß von einem an einem Steilhang gelegenen Grundstück Felsen auf das darunter anschließende Gelände stürzen. ⁴⁸²⁾ Er weist zugleich darauf hin, solche Einwirkungen seien Folge der natürlichen Lage beider Grundstücke, weshalb es nicht angehe, daß sie der geschädigte Eigentümer einseitig auf den anderen abwälzen könne. Dem ist beizupflichten. Es kommt allenfalls eine gemeinsame Beteiligung an der Beseitigung der Störung in Betracht. Zur Lösung solcher Fälle ist auch das Institut des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses geeignet; aber nicht, um einen Anspruch überhaupt erst zu begründen, sondern um ihn sinnvoll zu begrenzen.

Die überwiegende Meinung läßt sich auch nicht unter Hinweis auf die historische Entwicklung der actio negatoria halten. ⁴⁸³⁾ Stoll behauptet sogar, die h. L. stelle die Dinge auf den Kopf. Die Zustandshaftung sei der legitime Bereich der Eigentumsfreiheitsklage, während die Handlungshaftung eine 'fragwürdige Rechts-

478) JZ 59, 305 ff 307

479) so zutreffend Pleyer in AcP 156, 291 ff 303 u. in JZ 59, 305 ff 307. Deshalb kann - entgegen der Auffassung des LG Stuttgart in NJW 65, 890 f - auch ein bloßes Untätigbleiben gegenüber dem Wirken von Naturkräften (wie etwa dem natürlichen Pflanzenwuchs) eine Haftung nach § 1004 BGB begründen.

480) vgl. dazu BGHZ 19, 126 ff

481) Dazu Esser, Gefährdungshaftung, S. 112

482) Sachenrecht, § 36 II 2 (S. 187)

483) so wohl von Caemmerer in Karlsruher Forum 1961, 23 r. Sp. unter 3; dagegen aber Baur in AcP 160, 465 ff 475

fortbildung praeter legem' sei. ⁴⁸⁴⁾ Diese Frage soll jedoch nicht weiter verfolgt werden.

γ) Ein Sonderproblem, das in diesem Rahmen noch zu erörtern ist, stellt der Widerruf ehrenrühriger Behauptungen ⁴⁸⁵⁾ dar, die in Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht worden sind. Das KG hat es abgelehnt, den Widerruf zuzulassen, falls sich später die Unwahrheit des Behaupteten herausstelle, ⁴⁸⁶⁾ und begründet das damit, daß eine "durch die Rechtsordnung gedeckte Handlungsweise nicht später widerrechtlich werden" könne, "ohne daß der Täter selbst irgend eine neue Lage schaffe" ⁴⁸⁷⁾. Der BGH gibt hingegen in solchen Fällen ein Widerrufsrecht, ⁴⁸⁸⁾ das er aus § 1004 BGB herleitet, in einer späteren Entscheidung ⁴⁸⁹⁾ dazu aber auch noch auf den in §§ 904, 962 BGB enthaltenen Rechtsgedanken stützt, daß der Eingreifende zwar rechtmäßig handle, dem Duldungspflichtigen aber Ersatz zu leisten sei. ⁴⁹⁰⁾ Westermann möchte den dogmatischen Schwierigkeiten, die sich aus der Anerkennung der Wahrnehmung berechtigter Interessen als Rechtfertigungsgrund ergeben, dadurch entgehen, daß er darin nur einen Schuldaußschließungsgrund erblickt will, ⁴⁹¹⁾ womit der Weg über § 1004 BGB frei werde. Er hat dabei ^{491a)} keine Gefolgschaft gefunden. Überwiegend wird angenommen, die Verpflichtung zum Widerruf ergebe sich

484) AcP 162, 203 ff 223

485) Dazu allgemein Boehmer, Grundlagen, Bd. I S. 79 ff und neuerdings Erdsiek in NJW 66, 1385 ff.

486) DRZ 50, 418 ff

487) DRZ 50, 420; in einer Anmerkung dazu anerkennt Schönke zwar die dogmatischen Schwierigkeiten für die Begründung eines Widerrufsanspruchs, fordert diesen aber dennoch unter Berufung auf RAGE 19, 268 ff, weil die rechtspolitische Notwendigkeit vorrangig sei (DRZ 50; 420, 421). Dazu auch Wendt in DRZ 50, 554 ff.

488) MDR 58, 482

489) JZ 60, 701 ff

490) Die Frage, wer ersatzpflichtig sein soll - der Begünstigte oder der Handelnde - hat Norbert Horn (JZ 60, 350 ff) zutreffend dahin entschieden, daß den Begünstigten die Ausgleichspflicht trifft. Ihm haben sich u. a. H. R. Horn, Struktur der Rechtswidrigkeit, S. 167 ff, Rehbinder, a. a. O., S. 135 Anm. 38; Kraffert in AcP 165, 453 ff und Larenz, Schuldrecht II 6. Aufl. § 72 angeschlossen. Dagegen neuerdings wieder Weimar in MDR 65, 186 ff.

491) JZ 60, 692 ff 694

491a) bis auf Erdsiek in NJW 66, 1385 ff 1387

daraus, daß die positive Aufrechterhaltung der ursprünglich gerechtfertigten und nunmehr als unrichtig bekannten Behauptung widerrechtlich sei. 492) Diesem Weg gebührt der Vorzug vor der allerdings dogmatisch interessanten Lösung von Schmitz, 493) der eine entsprechende Anwendung des § 904 BGB vorschlägt. 494) Von Caemmerer bemerkt zutreffend, daß das Schweigen nach ermittelter Unwahrheit auf die Umwelt wie eine Aufrechterhaltung der Behauptung wirke. 495) Dann aber geschieht die weitere Beeinträchtigung rechtswidrig, während § 904 BGB rechtmäßiges Handeln voraussetzt. 496), 496a) Die Anwendung dieser Vorschrift ließe sich aber für die Dauer des gemäß § 193 StGB gerechtfertigten Verhaltens erwägen. Die Wahrnehmung berechtigter Interessen ist ebenso wie der Notstand des § 904 BGB ein Fall der Interessenabwägung. Es ist nicht einzusehen, weshalb hier der Betroffene seine Rechte den Interessen Dritter unterordnen soll, ohne Ersatz verlangen zu können. Er wird häufig genug schon deshalb leer ausgehen, weil die Unwahrheit der aufgestellten Behauptungen nicht erweislich ist.

d^f) Damit steht fest, daß die von der h. L. aus § 1004 BGB hergeleiteten Bedenken gegen die neue Fahrlässigkeitsauffassung nicht durchschlagen. Diese Bestimmung stellt auf die Berechtigung des Eingriffs ab, dem dann die Duldungspflicht entspricht, nicht aber auf die Widerrechtlichkeit eines zu ihm hinführenden Verhaltens, das sogar ganz fehlen kann.

492) z. B. von Caemmerer in *Karlsruher Forum* 1961, 24 r. Sp. und Deutsch, a. a. O., S. 263

493) MDR 59, 891 ff u. besonders 59, 971 ff

494) a. a. O., S. 973 f; damit nähert er sich den vom BGH in JZ 60, 701 aufgestellten Thesen.

495) *Karlsruher Forum* 1961, 24 r. Sp.

496) darauf weist Baur in AcP 160, 465 ff 481 hin.

496a) Um ein anderes Problem handelt es sich beim Widerruf von Behauptungen, deren Wahrheit nicht feststeht. Hier geht es weniger um die Rechtmäßigkeit als um die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens des Behauptenden. Da zutreffende Tatsachenäußerungen grundsätzlich gestattet sind und den fremden Rechtsbereich nicht berühren, ist bei bloßer Nichterweislichkeit noch nicht einmal gesagt, ob ein Eingriff in die Rechtsgüter des Betroffenen überhaupt vorliegt. Gleichwohl sollte es nicht dessen Sache sein, sich zu entlasten. § 186 StGBbürdet dem Behauptenden das Beweisrisiko auf, und es ist nicht einzusehen, wieso das im Zivilrecht anders sein soll (richtig Erdsiek in NJW 66, 1386).

3. Von der Problematik der Notwehr und der negatorischen Ansprüche verschieden sind nun einige Fragen, die bei dem Disput zwischen der älteren Lehre und den Modernisten im Bereich der §§ 823 ff BGB aufgetaucht sind und denen im Folgenden nachgegangen werden soll.

a) Es ist bereits darauf hingewiesen worden, ⁴⁹⁷⁾ daß der Katalog der in § 823 I BGB aufgezählten Rechte und Rechtsgüter durch die Einordnung der Fahrlässigkeit in die Rechtswidrigkeitsstufe der unvorsätzlichen Delikte nicht gegenstandslos wird. Die Funktion des subjektiven Rechts, das als Mittel zur Abgrenzung der verschiedenen Individualsphären gedacht ist, wo dem Einzelnen bestimmte Rechte und Rechtsgüter zur alleinigen Benutzung, Verwendung oder auch Vernichtung zugewiesen werden, ist mit der fahrlässigen Handlung nicht vereinbar. Wer ohne den entsprechenden Willen einem anderen Schaden zufügt, gebraucht nicht fremde Rechte, verbraucht nicht fremdes Gut. Seinem Tun fehlt die Finalität. Von dieser Erkenntnis aus gelangt von Caemmerer dazu, aus dem Bereich der Fahrlässigkeit eine Verhaltensgruppe herauszuschälen, bei der zwar Vorsatz infolge eines Wertungsirrtums ausscheidet, der sachliche Erfolg aber bewußt und gewollt herbeigeführt worden ist. ⁴⁹⁸⁾ Reinhardt spricht dieser Sonderbehandlung die "innere Rechtfertigung" ab. ⁴⁹⁹⁾ Dem pflichtet Deutsch bei mit der Behauptung, dem Zivilrecht komme es auf das "reine Haben" an. Ein nicht auf einem Rechtfertigungsgrund beruhender Eingriff darein sei rechtswidrig. ⁵⁰⁰⁾ Diese Vorstellung dürfte indessen der Absicht der Schöpfer jenes so kunstvollen Systems ⁵⁰¹⁾ der subjektiv-absoluten Rechte nicht entsprechen. Es soll nicht geleugnet werden, daß das bloße Haben dabei eine Rolle spielt, aber nur als Mittel zur Erfüllung weiterer Aufgaben. Das subjektive Recht ist nicht aus dem Wunsche heraus entwickelt worden, dem Einzelnen die Möglichkeit zu gewähren, Schätze um sich zu sammeln und sich an ihrem bloßen Anblick zu erfreuen. Wer das meint, verkennt die Grundauffassung jener liberalistischen Zeit, in der diese Gedanken geboren wurden. ⁵⁰¹⁾ Die Verfechter des 'laissez faire' hatten sich der Dynamik verschrieben. Vom bloßen Haben hielten sie nicht viel. Es zu bewahren, hätte es solchen juristischen Aufwandes nicht bedurft. Von Caemmerer führt seine Thesen noch weiter, nämlich auf die Tradition der lex Aquilia zurück. ⁵⁰²⁾

497) oben IV 2 a

498) s. o. II 3 c; kritisch zu dieser Lehre J. G. Wolf, Der Normzweck im Deliktsrecht, S. 36

499) Karlsruher Forum 1961, 8. r. Sp.

500) a. a. O., S. 222

501) s. o. IV 2 a am Anfang

502) Wandlungen, S. 131

Die Berechtigung dieser Berufung mag dahinstehen. Jedenfalls ist sein Ausgangspunkt, auf die Finalität des Verhaltens abzustellen, zutreffend gewählt. Schon bei der Betrachtung der Rechtfertigungsmöglichkeit fahrlässigen Handelns ist aufgefallen, daß in den Fällen unvorsätzlichen, aber finalen Verhaltens Rechtfertigungsgründe ausnahmsweise eingreifen können. ⁵⁰³⁾ Auch den Strafrechtlern ist es nicht verborgen geblieben, daß die Gruppe gezielter Eingriffe, bei denen dem Täter ein Wertungsirrtum unterläuft, ⁵⁰⁴⁾ in das dualistische Schema Vorsatz-Fahrlässigkeit nicht so recht hineinpassen will. Die sogenannte 'Schuldtheorie' ⁵⁰⁵⁾ verdeckt diese Erkenntnis eher, als daß sie der sauberen Herausarbeitung dieser bislang vernachlässigten Kategorie dienlich wäre. Das nachzuholen ist nicht Aufgabe dieser Arbeit. Feststeht aber, daß die bezeichneten Fälle ohne dogmatische Schwierigkeiten weder dem Vorsatz zuzuordnen sind - denn dazu fehlt der rechtsbrecherische Wille - noch der Fahrlässigkeit zugeschlagen werden können - denn das Verhalten ist immerhin gewollt. Bedenken stehen allerdings der Absicht von Caemmerers entgegen, seine Lehre von der Rechtswidrigkeit 'unmittelbar-finaler' Eingriffe auf Rechtsverletzungen zu beschränken und die Rechtsgüter davon auszunehmen. Stoll meint, hier sei von Caemmerer offensichtlich in bereicherungsrechtlichen Vorstellungen befangen. ⁵⁰⁶⁾ Dieser bekennt aber immerhin selbst, daß der Anspruch aus Eingriffskondition nicht von der Rechtswidrigkeit des Eingriffs abhängt. ⁵⁰⁷⁾ Er bildet dazu das Beispiel, daß ein Hausmeister versehentlich ihm selbst gehöriges Heizmaterial zur Inganghaltung der Zentralheizung verwendet hat. ^{507a)} Selbstverständlich steht diesem Ersatz von den Mietern des Hauses zu. Man sollte diesen Anspruch aber nicht an irgendeine Rechtswidrigkeit knüpfen. Er ergibt sich einfach daraus, daß den Mietern dieser 'kostenlose Vorteil' nicht gebührte. Es verhält sich genau so wie mit der dem Eigentümer abhandengekommenen und in den Besitz eines Dritten gelangten Sache. Jener kann diese herausverlangen, falls sie ihm gehört. ⁵⁰⁸⁾ Es wäre überflüssig, hier den Begriff der Widerrecht-

503) s.o. III 2 b

504) Er nimmt z.B. fälschlicherweise einen Rechtfertigungsgrund an.

505) vgl. statt aller die grundlegende Entscheidung des BGH in BGHSt 2, 194 ff

506) AcP 162, 203 ff 226; vgl. auch Bydlinski, Probleme, S. 42 f und Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 337

507) Bereicherung, S. 352

507a) Es dürfte sich hier allerdings um einen Fall der sog. "Aufwendungskondition" handeln. Vgl. dazu Boehmer, Einführung, S. 293

508) vgl. schon oben V 2 b *β*

lichkeit zu verwenden. ⁵⁰⁹⁾ Wer das aber doch tut, wird nicht übersehen dürfen, daß diese Art des Unrechts vom Handlungsunrecht sehr verschieden ist und lediglich einen zu verändernden Zustand umschreibt, der nicht unbedingt durch menschliches Verhalten herbeigeführt sein muß. ⁵¹⁰⁾ Das berücksichtigt, macht es in der Tat keinen Unterschied, ob jemand fremde Äpfel verzehrt in der Meinung, es seien seine eigenen, oder aber der Vater ein fremdes Kind züchtigt, das er versehentlich für sein eigenes hält. ⁵¹¹⁾ Beide Male geschieht der Einbruch in den fremden Rechtsbereich gewollt. Sicherlich können das Leben, die Gesundheit oder der menschliche Körper nicht im normalen Sinne Gegenstand des 'uti, frui oder abuti' sein. ⁵¹²⁾ Sie sind aber in § 823 I BGB den dort genannten Rechten in einer Weise gleichgestellt worden, daß eine differenzierende Behandlung nicht zulässig erscheint. ⁵¹³⁾

Danach bleibt festzuhalten, daß die Gruppe unvorsätzlich=finalen Verhaltens^{513a)} aus der Kategorie der sonstigen fahrlässigen Handlungen herauszunehmen ist. Solche Eingriffe sind rechtswidrig, falls nicht ein Rechtfertigungsgrund eingreift, was bei dieser Art fahrlässigen Tuns ausnahmsweise möglich ist.

b) In der Diskussion um die Einordnung der zivilrechtlichen Fahrlässigkeit wird bei der Behandlung des § 823 I BGB von der h.L. gerne eingeworfen, die Fahrlässigkeit könne schon deshalb nicht die Rechtswidrigkeit unvorsätzlichen

509) Unrecht i. w. S. nach der Terminologie Essers in Karlsruher Forum 1959, 16 r. Sp. unter II 1 a

510) vgl. hierzu Zippelius in AcP 157, 390 ff 392 u. passim sowie Esser, a. a. O.

511) Etwa weil es mit dem wirklichen Kind des Täters das Zeug gewechselt hat.

512) von Caemmerer, Wandlungen, S. 131 unten; derselbe in Karlsruher Forum 1961, 19 r. Sp. und in Bereicherung, S. 353 oben. Allerdings lassen sich z. B. die bewußte Selbstverletzung und Selbsttötung sehr wohl als ein 'abuti' des betreffenden Rechtsgutes auffassen.

513) vgl. auch Larenz, Rechtswidrigkeit, S. 185, der aber die Kategorie von Caemmerers mit ihrem Bezug auf die Finalität des schädigenden Verhaltens insgesamt ablehnt. Dazu noch Stoll in AcP 162, 203 ff 225 f.

513a) Daß alle menschlichen Handlungen irgendwie "final" sind, wird nicht verkannt. Dabei handelt es sich aber nicht um eine Finalität in dem hier besprochenen Sinne, bei der der tatsächlich eingetretene Erfolg nur deshalb nicht zugleich tatbestandsmäßig gewollt ist, weil der Täter sich über ein normatives Tatbestandsmerkmal geirrt hat.

Verhaltens ausmachen, weil der Gesetzgeber beide Begriffe nebeneinander anführe.⁵¹⁴⁾ Nun halten die Vertreter dieser Auffassung andererseits die Aufnahme des Wörtchens 'widerrechtlich' in den Tatbestand des § 823 I BGB für überflüssig und irreführend, weil das zu Zweifeln Anlaß biete, ob wirklich schon die Rechtsverletzung allein die Rechtswidrigkeit des zu ihr hinführenden Verhaltens ausmache.⁵¹⁵⁾ Das zeigt die Fragwürdigkeit jenes Einwandes, denn wer ein Tatbestandsmerkmal als überflüssig ansieht, kann ihm an anderer Stelle nicht gerade besondere Bedeutung beimessen. Im übrigen hat es sich im Verlaufe der Arbeit schon mehrfach erwiesen, daß der bloße Gesetzeswortlaut weder für die eine noch für die andere Theorie etwas hergibt. Es läßt sich aber durchaus die Ansicht vertreten, daß das Wort 'fahrlässig' insoweit im Sinne von vorsatzlos zu verstehen ist. Die Etymologie gestattet diese Deutung, indem Fahrlässigkeit auf Fahrlosigkeit zurückgeführt wird, wobei *fahr* eine verderbte Form von *var* (böse Absicht) ist.⁵¹⁶⁾ Indessen handelt es sich hier nicht um ein Problem, dem besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden müßte.

c) Als endgültig ausgetragen darf wohl ein anderer Streit betrachtet werden, der mit dem Plenarbeschluß des BGH entstanden war: ob es nämlich noch eines Entlastungsbeweises im Rahmen des § 831 BGB bedarf, wenn dem Verrichtungsgehilfen ein Sorgfaltsverstoß nicht nachgewiesen werden kann. In einem Falle, in dem feststand, daß der Gehilfe sich pflichtmäßig verhalten hatte, hielt der BGH das nicht für erforderlich.⁵¹⁷⁾ Davon ging der GZS ab, indem er bei einem 'non liquet' den Geschäftsherrn und nicht den Geschädigten beweisfällig werden ließ.⁵¹⁸⁾ Dabei verkannte das Gericht nicht, daß dieser hierdurch besser dastand, als wenn jener selbst gehandelt hätte.⁵¹⁹⁾ Es meinte aber, diese Besserstellung habe der Gesetzgeber erkennbar gewollt. Dem kommt zwar nicht in den dogmatischen,⁵²⁰⁾ wohl aber in den prozessualen Auswirkungen die Lehre gleich, die mit § 831 I Satz 2 a.E. helfen will,⁵²¹⁾ da auch

514) so z.B. Larenz, Schuldrecht I, § 19 IV (S. 226)

515) vgl. Stoll in JZ 58, 137 ff 139

516) s. dazu Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 29 Anm. 10 und Deutsch, a. a. O., S. 12 Anm. 29, die zugleich darauf hinweisen, daß auch andere Ableitungen denkbar sind.

517) BGHZ 12, 94

518) BGHZ 24, 21 ff 28

519) BGHZ 24, 29

520) weil das Problem der Rechtswidrigkeit nicht berührt wird.

521) besonders Emil Böhmer in MDR 58, 745 f; siehe dazu auch Deutsch, a. a. O., S. 267 ff

hier die Nichterweislichkeit sorgfältigen Verhaltens des Verrichtungsgehilfens zu Lasten des Geschäftsherrn geht. Von Caemmerer hat demgegenüber darauf hingewiesen, daß der zweite Entlastungsbeweis des § 831 I Satz 2 BGB die Fälle im Auge hat, in denen das pflichtwidrige Handeln der Hilfsperson auch bei sorgfältiger Auswahl und Überwachung nicht vermieden worden wäre.⁵²²⁾ Er will § 831 BGB restriktiv auslegen und den Geschäftsherrn dann nicht haften lassen, wenn dem Gehilfen ein Sorgfaltsverstoß nicht nachgewiesen werden kann.⁵²³⁾ Das ist auch richtig, weil ohne objektive Fahrlässigkeit des Gehilfen für die Vermutung des § 831 BGB der Anknüpfungspunkt fehlt. Der bloße Schadenseintritt reicht dafür nicht aus. In dieser Hinsicht bestehen zu der Vorschrift des § 823 BGB keine Unterschiede. Wäre der Geschäftsherr selbst tätig geworden, so hätte ihm der Geschädigte den Sorgfaltsmangel auch nachweisen müssen.

d) Die Betrachtungen sollen nicht abgeschlossen werden, ohne eine Frage zu beantworten, die im Verlaufe der Arbeit mehrfach angeschnitten, deren Erörterung aber erst für den Schluß dieser Schrift in Aussicht gestellt worden ist.⁵²⁴⁾ Es geht darum, ob es dem Schädiger, der in Unkenntnis einer objektiven Rechtfertigungslage gehandelt hat, gestattet sein soll, sich darauf zu berufen, in Kenntnis der wahren Situation hätte er denselben Schaden auch gewollt herbeiführen dürfen. Mag sein Tun - etwa bei einer Körperverletzung - auch strafwürdig sein, so besagt das noch nicht, daß es unbedingt zugleich eine Ersatzpflicht auslösen müßte. In der Setzung der Rechtsfolgen sind die einzelnen Rechtsgebiete frei und unabhängig voneinander.⁵²⁵⁾ Der Gedanke der Berufung auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten ist in Rechtsprechung und Literatur nicht unbekannt.⁵²⁶⁾ Aus der Judikatur gehört zunächst das 'Löschteich-Urteil' des OGH⁵²⁷⁾ hierher. Darin hat das Gericht den Satz aufgestellt, ein Ersatzzanspruch sei dann ausgeschlossen, wenn "das zum Ersatz verpflichtende Verhalten gerade darin gesehen werde,⁵²⁸⁾ daß der Ersatzpflichtige ohne Rechtfertigung getan habe, was er mit Rechtfertigung genau so hätte ausführen sollen und aus-

522) Wandlungen, S. 123; ihm folgend J. G. Wolff, Der Normzweck im Deliktsrecht, S. 27; vgl. auch Stoll in JZ 58; 137, 138.

523) Wandlungen, S. 124 oben

524) s. o. III 1 u. Anm. 235, III 2 ¶ u. Anm. 268 sowie III 3

525) vgl. Enneccerus-Nipperdey, S. 1279

526) OGHZ 1, 308 ff = DRZ 49, 182 ff

527) dazu eingehend von Caemmerer, Überholende Kausalität, S. 30 ff und Esser in Karlsruher Forum 1959, 28 ff, besonders unter A 5, 7d, 10 I b.

528) s. o. Anm. 70

geführt hätte." 529) Auf der gleichen Linie liegt der 'Brandgassenfall', den der BGH vor einer Reihe von Jahren zu entscheiden hatte. 530) Hier war bei einer Aktion zur Schaffung von Fluchtwegen ein Hinterhaus abgerissen worden, das nur versehentlich in dem Lageplan nicht zum Abbruch vorgemerkt war. Auch hier ist der Einwand, der Schaden wäre bei Aufdeckung des Versehens ebenfalls eingetreten, weil dann der Plan entsprechend berichtigt worden wäre, für erheblich gehalten und die Klage des geschädigten Hauseigentümers abgewiesen worden. Schließlich ist die bekannte Entscheidung des BAG im Metallarbeiter-Streik zu nennen 531). Die Gewerkschaft hatte zum Streik aufgerufen, obwohl die im Tarifvertrag mit dem Arbeitgeberverband vereinbarte Wartepflicht noch nicht abgelaufen war. Das BAG hat die Gewerkschaft zum Ersatz des gesamten durch den vorzeitig begonnenen Streik entstandenen Schadens verurteilt und die Berufung darauf nicht zugelassen, daß der Streik in jedem Falle mit Ablauf der Stillhaltefrist durchgeführt worden wäre. 532) - Jedesmal standen Verfahrensregeln infrage, deren Nichteinhaltung das schädigende Verhalten als rechtswidrig erscheinen ließ. Im Gegensatz zu den ersten beiden Fällen spielten sie bei dem Metallarbeiterstreik eine besonders gewichtige Rolle. Hätte das BAG den Einwand der Gewerkschaft zugelassen, so hätte es damit ein 'venire contra factum proprium' gebilligt. Jene wäre mit der Behauptung gehört worden, die Friedenspflichtklausel sei unbrauchbar, obwohl deren Vereinbarung zeigte, daß man zuvor vom genauen Gegenteil ausgegangen war. 533) Hinzu kommt, daß der Urabstimmungsbeschluß einen bewußten Bruch der übernommenen Verpflichtung darstellte, während in den Fällen des OGH und des BGH ein solcher 'dolus malus' nicht zu erkennen war. Dieser Unterschied rechtfertigt die abweichende Behandlung der gebrachten Beispiele. Der Gedanke ist auch zur Lösung der hier anstehenden Fragen brauchbar. Wer vorsätzlich in einen fremden Rechtskreis eingreift, kann nicht darauf hinweisen, daß die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes vorgelegen hätten, bei deren Kenntnis er denselben Schaden rechtmäßig hätte herbeiführen können. Das in vollem Bewußtsein übernommene Risiko, für sein Handeln eintreten zu müssen, sollte dem Rechtsbrecher nicht wieder abgenommen werden. Eine Rechtsordnung, die etwa dem Dieb, der in das unbewohnte Haus einbricht und dabei - gleich-

529) OGHZ 1, 315; vgl. dazu die zurückhaltende, jedoch nicht ablehnende Anmerkung Lehmanns in DRZ 49, 185

530) BGHZ 20, 275 ff

531) NJW 59, 356 ff = BAGE 6, 321 ff

532) a. a. O., Leitsatz r

533) so richtig Larenz in NJW 59; 865, 866, dem von Caemmerer, Überholende Kausalität, S. 33/34 beipflichtet.

falls aus eigennützigen Motiven - drohenden Schaden vereitelt, ⁵³⁴⁾ die Berufung auf eine objektiv möglich gewesene Rechtfertigung durch 'negotiorum gestio' gestattet, verdient diesen Namen nicht. Oder soll jener sogar gemäß § 783 BGB Ersatz für seinen bei der Öffnung der Haustür abgebrochenen Dietrich fordern können? Anders beim fahrlässigen Täter. Er lehnt sich nicht bewußt gegen die Rechtsordnung auf. Dieser Umstand führt zwar nicht, wie Schönke-Schröder meinen, ⁵³⁵⁾ zur Rechtfertigung, denn strafwürdig bleibt das Verhalten weiterhin; wohl aber lassen zivilrechtliche Erwägungen es zu, den Schädiger von der Ersatzpflicht freizustellen. Zwei Beispiele mögen erläutern, daß dieses Ergebnis auch nicht unbillig ist: Der Kraftfahrer K fährt infolge mangelhafter Fahrweise den B an, der gerade im Begriffe ist, auf C loszugehen und diesen zu verprügeln. In Kenntnis der Situation hätte K dem B als Nothelfer des C (§ 227 II BGB) dieselben Verletzungen zufügen dürfen. Das kann er ihm auch entgegenhalten. Oder: Der fehlgegangene Schuß des A trifft den bissigen Hund des B, der sich gerade auf den C stürzen will. Auch hier erscheint es nicht unangemessen, dem B einen Ersatzanspruch gegen A zu versagen. Beide Verstöße sind nicht so erheblich, als daß den Tätern die Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten abgeschnitten werden müßte. Die Problematik kann im Rahmen dieser Arbeit nicht voll ausgeschöpft werden. Ob der gefundene Satz immer brauchbare Ergebnisse liefert, muß dahingestellt bleiben. Es wird, wie von Caemmerer zutreffend bemerkt, ⁵³⁶⁾ darauf ankommen, "welches Gewicht und welche Funktion die Normen haben, gegen die im Einzelfall verstoßen wurde."

534) vgl. den oben III 1 gebrachten Fall

535) a. a. O., Vorbem. 77 vor § 51 StGB

536) Überholende Kausalität, S. 36

VI. SCHLUSSBEMERKUNG

Nachdem der Katalog der im Rahmen des gestellten Themas abzuhandelnden Fragen abgeschlossen ist, kehrt der Bogen der Betrachtungen an seinen Ausgangspunkt zurück. Es bleibt noch Rechenschaft darüber abzulegen, ob das in der Vorbemerkung aufgestellte Anliegen erfüllt ist: nämlich bei der Diskussion um die Einordnung der Fahrlässigkeit zu lebensnahen Ergebnissen zu gelangen, die der besonderen Aufgabe des Zivilrechts gerecht werden, zugleich aber die Einheitlichkeit der juristischen Grundbegriffe unangetastet lassen.

Größere Lebensnähe sollte vornehmlich die Erkenntnis vermittelt haben, daß die herkömmlichen Rechtfertigungsgründe bei ungewolltem Verhalten nicht eingreifen. Die dazu angeführten Beispiele aus der Rechtsprechung haben die Künstlichkeit abweichender Konstruktionen bewiesen und gezeigt, daß sich sachgerechte Lösungen auf 'natürlicherem' Wege erzielen lassen. Die überzeugende Entscheidung des BGH zur Einwilligung bei Gefälligkeitsfahrten⁵³⁷⁾ macht das besonders deutlich. Dadurch wird es auch vermieden, die rechtliche Wertung vom Zufall abhängig zu machen. Der Rechtsbrecher, der die rechtfertigende Lage nicht kennt, verdient grundsätzlich keine bessere Behandlung als sein 'nicht von diesem Glücksumstand begünstigter' Rechtsgenosse. Das wiederum beruht auf der Überlegung, daß auch das bürgerliche Recht nicht nur Erfolgsbewertungsrecht ist, sondern den Rechtsunterworfenen zu gesetzestreuem Handeln anhalten will.⁵³⁸⁾ Mit ihrer Forderung nach einem Unrechtsbewußtsein bei vorsätzlicher Tat gibt die h.L. das selbst zu. Die 'Täterbezogenheit' der Erlaubnissätze⁵³⁹⁾ hat auch in den Ge- und Verbotsnormen ihre Berechtigung. Für das Fahrlässigkeitsdelikt folgt daraus, daß die Formel des § 276 I 2 BGB, mit welcher der Bürger zur Beobachtung der verkehrserforderlichen Sorgfalt bestimmt werden soll und die jeden in derselben Situation gleich trifft, das Unrecht dieser Handlungsform ausmacht. Der Einzelne wird in seinem Tun nicht mehr nach ihm unzugänglichen Grundsätzen bewertet, sondern als verantwortungsbewußtes Mitglied der Gemeinschaft angesehen, das auch im Bereich des Zivilrechts von den Rechtsätzen angesprochen wird.

Mit dieser Vorstellung sind eine klare Trennung von Rechtswidrigkeit und Schuld sowie eine inhaltliche Übereinstimmung dieser der allgemeinen Rechtslehre an-

537) BGHZ 34, 355 ff

538) dazu neuestens ausführlich Engisch, Einführung in das juristische Denken (3. Aufl. 1964), S. 21 ff u. ö.

539) die mit der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen herausgearbeitet worden ist; vgl. oben III 1

gehörenden Grundbegriffe verbunden. Verschulden ist wieder echte individuelle Vorwerfbarkeit und nicht bloß eine 'im untechnischen Sinne' gebrauchte Wertkategorie. Die Rechtswidrigkeit des Privatrechts als generelles Unwerturteil ist die des gesamten Rechts. Unterschiede besonders zum Strafrecht bestehen insoweit nicht.

Dennoch finden die dem Zivilrecht eigenen Funktionen Berücksichtigung. Es geht um Schadensverteilung, nicht darum, ein vorwerfbares Handeln mit angemessenen Sanktionen zu belegen. Das 'Alles- oder Nichtsprinzip'⁵⁴⁰⁾ des geltenden bürgerlichen Rechts beweist, daß eine Täterbewertung nicht beabsichtigt ist. Sonst müßten sich die Rechtsfolgen nach der Schwere des Verschuldens richten. Die Ersatzpflicht bei Fahrlässigkeit knüpft daher grundsätzlich nur an ein tatbestandsmäßig-rechtswidriges Verhalten an. Ausnahmen im Familien- und Erbrecht bestätigen diese Regel. Aber auch wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann die Ersatzpflicht unter Umständen bei Berufung auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten entfallen. Das ist keine Frage der Ursächlichkeit - sonst wäre der Einwand auch im Strafrecht beachtlich - sondern eine rein zivilrechtliche Entscheidung darüber, wer den Schaden letztlich tragen soll.

Endlich steht noch eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse aus, die nunmehr in Form von Leitsätzen geschehen soll:

- A 1) Das Zivilrecht enthält nicht nur Bewertungs-, sondern zugleich auch Bestimmungsnormen.
- 2) Der Begriff der Rechtswidrigkeit hat materiellen Inhalt und ist für die gesamte Rechtsordnung gleich.
- 3) Neben die Kategorie des Rechtmäßigen und des Rechtswidrigen tritt die des rechtlich Indifferenten, die sich vom juristisch Bedeutungslosen durch ihre Tatbestandlichkeit abhebt und vom rechtmäßigen Verhalten dadurch unterscheidet, daß keine konkreten Rechte oder Befugnisse wahrgenommen werden.
- B 1) Die Fahrlässigkeit des § 276 I 2 BGB begründet das Unrecht der unvorsätzlichen Handlung.
- 2) Sie gehört weder dem Tatbestand an, noch ist sie ein Schuldmerkmal.
- 3) Der Tatbestand des fahrlässigen Delikts ist ein 'offener'.

⁵⁴⁰⁾ Um diesen Grundsatz gingen die Verhandlungen der bürgerlich-rechtlichen Abteilung des 43. Deutschen Juristentages.

- 4) Rechtfertigungsgründe greifen bei fahrlässigem Verhalten grundsätzlich nicht ein.
- 5) Eine Ausnahme besteht für die Gruppe unvorsätzlich=finaler Handlungen, die auch im übrigen besonders zu behandeln ist.
- 6) Notwehr und die negatorischen Ansprüche sind von der Voraussetzung rechtswidrigen Handelns unabhängig.
- 7) Die Haftung für Fahrlässigkeit setzt individuelle Vorwerfbarkeit (Verschulden) grundsätzlich nicht voraus.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 26. November 1939 in Hannover als Sohn des Landgerichtsdirektors Dr. Friedrich Schmidt und seiner Ehefrau Louise Charlotte geb. Lückhoff geboren. Von Ostern 1946 an habe ich drei Jahre lang die Volksschule in Stadtoldendorf/Weserbergland besucht. Von 1949 bis 1954 war ich Schüler des Gymnasiums in Holzminden/Weser. Bis zur Ablegung der Reifeprüfung im Frühjahr 1958 besuchte ich dann die Bismarckschule zu Hannover.

Vom Sommersemester 1958 an studierte ich acht Semester Rechtswissenschaft, davon zunächst drei Semester in Freiburg i.Br., zwei in München und weitere drei Semester in Freiburg i.Br.. Dort legte ich in den Monaten März bis Juni 1962 das erste juristische Staatsexamen ab. Mit Wirkung vom 2. August 1962 wurde ich als Gerichtsreferendar im Lande Niedersachsen eingestellt, wo ich seither meinen Vorbereitungsdienst ableiste.

